

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
SÉPARATION DE BIENS
JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 8 juin 1898, à une heure

Par **M. PICART**

Président : M. LÉON MICHEL, professeur.

*Suffragants : { M. BOISTEL, professeur
 { M. PLANIOL, professeur.*

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL & BILLARD

IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

Maison principale : Place Dauphine, 27

Succursale : Rue Soufflot, 3

—
1898

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
SÉPARATION DE BIENS
JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

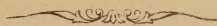
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 8 juin 1898, à une heure

Par **M. PICART**

Président : M. LÉON MICHEL, professeur.

*Suffragants : { M. BOISTEL, professeur
 { M. PLANIOL, professeur.*



PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL & BILLARD

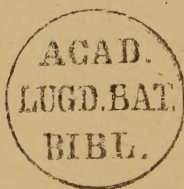
IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

Maison principale : Place Dauphine, 27

Succursale : Rue Soufflot, 7

—
1898

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



DE LA

SÉPARATION DE BIENS

JUDICIAIRE

INTRODUCTION

La séparation de biens judiciaire est une mesure destinée à sauvegarder la dot de la femme mise en péril par la mauvaise administration du mari. Elle rend à la femme la libre administration et la jouissance de sa dot.

La séparation de biens constitue un changement au régime matrimonial primitivement adopté par les époux, et cependant le Code civil défend que les conventions matrimoniales soient modifiées après la célébration du mariage (art. 1595).

L'immutabilité des conventions matrimoniales est en effet un principe fondamental; c'est à la fois une garantie donnée aux époux contre leurs

faiblesses et aux tiers contre les fraudes que les époux, par la possibilité de modifier leur contrat de mariage, auraient pu commettre à leur égard.

Certes, certains cas peuvent se présenter où il y aurait avantage à modifier les règles de la société conjugale, où des besoins nouveaux peuvent faire sentir l'urgence d'une innovation, mais il ne faut pas que les époux les anéantissent à leur gré ; cela amènerait des liquidations réitérées et embrouillées et porterait à leur crédit une fâcheuse atteinte en exposant les tiers à des mécomptes.

Le législateur n'a dérogé à ce principe de l'irrévocabilité que dans le cas très grave où l'un des époux, la femme, légalement dépendante, voit ses droits exposés à devenir insuffisants et inutiles, par suite des abus, de l'incurie ou des infortunes de son mari ; c'est dans ce cas seulement où les conventions matrimoniales ne sont plus suffisantes pour conjurer les périls d'une situation critique, où elles deviennent même une cause de danger, qu'elles prennent fin pour permettre à la femme de reprendre la libre gestion de sa fortune.

La femme pourra avoir besoin de cette garantie sous tous les régimes, mais surtout lorsque les époux n'ont pas dérogé par leur contrat aux règles de la communauté légale, régime de droit commun qui laisse aux maris des pouvoirs si étendus et presque souverains.

Il fallait donc dans l'intérêt de la femme et celui de la famille entière, lui permettre de demander la séparation quand la dot est en danger afin d'en obtenir la restitution et d'en conserver elle-même l'administration.

De plus, il ne fallait pas laisser les époux juger eux-mêmes de ce qu'ils devaient faire et leur permettre des séparations volontaires sujettes à contestations et permettant les fraudes vis-à-vis des tiers. Aussi n'ont-elles rien d'arbitraire et doivent-elles être prononcées en justice.

La séparation de biens retire au mari l'administration, mais ne le dépouille pas des prérogatives dont la loi l'investit comme chef de famille.

Elle ne détruit nullement la puissance du mari sur la personne de sa femme et de ses enfants, elle lui laisse la haute direction des intérêts pécuniaires du ménage, par suite du droit qui lui appartient comme chef de l'association conjugale envisagée quant aux biens. Seuls sont anéantis les pouvoirs qu'il exerce en vertu des conventions matrimoniales expresses et écrites dans le contrat de mariage ; soit en vertu de la loi, qui organise le régime de communauté légale, conformément à la volonté présumée des époux, qui n'ont pas fait de contrat. Mais le pouvoir qu'il tient en vertu de sa puissance maritale subsiste, et la femme devra

recourir à son autorisation pour les actes que la loi considère comme les plus graves.

La femme pourra agir seule, mais dans d'assez étroites limites. Cette incapacité, alors que les époux ont séparé leurs intérêts se justifie-t-elle bien ?

Avant de répondre à cette question, envisageons la solution nouvelle admise en matière de séparation de biens, accessoire à la séparation de corps et étudions-en les motifs. Peut-être pourront-ils guider notre jugement.

Depuis la loi du 6 février 1893 qui a transformé l'article 313 du Code civil, les effets de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps ne sont plus ceux de la séparation de biens judiciaire par voie principale, tels qu'ils sont déterminés dans les articles 1449 et suivants du Code civil. D'après l'article 13 « la femme séparée de corps recouvre sa pleine capacité, sans avoir besoin de recourir à l'autorisation du mari ou de justice. ». Quels sont les motifs de ces effets nouveaux prescrits dans cette loi nouvelle ?

M. Flourens les expose en ces termes dans son rapport au Conseil d'Etat. Il expose d'abord pourquoi la nécessité de l'autorisation maritale doit être supprimée. « Le maintien de l'autorisation maritale après la séparation de corps est la source des plus criants abus. Tantôt la femme est vic-

time d'un refus offensant ; tantôt le mari, désormais plus désireux d'extirper de l'argent de sa femme que de la protéger, fait du droit que la loi lui réserve l'objet d'un trafic honteux et vend son autorisation. Ainsi la séparation de corps prononcée, l'autorisation maritale cesse d'être une garantie pour la femme, une sauvegarde de la paix et de l'honneur du ménage, un élément d'unité dans la direction des affaires communes. Elle perd toutes ses raisons d'être pour devenir la source de blessures à la dignité de la femme, de pressions exercées pour lui arracher de l'argent 1.

M. Flourens examinant ensuite dans quelle mesure la capacité doit être donnée à la femme, indique les motifs qui ont amené le Conseil d'Etat à la lui restituer d'une manière complète :

« D'après notre droit moderne, la femme jouit en France de la plénitude des droits civils. Sur ce point elle est placée sur un pied d'égalité absolue avec l'homme. Pas de tutelle perpétuelle, pas de conseil judiciaire, pas d'intervention de fidéicommissaires. Sur quels motifs repose donc l'obligation par la femme mariée de se faire autoriser ?

Est-elle présumée incapable de gérer sa fortune ? Evidemment non. Qu'elle devienne veuve, qu'elle obtienne le divorce, elle reprendra immédiatement le plein exercice de ses droits. Est-ce donc l'intérêt des enfants ? Pas davantage. L'absence

d'enfants ou leur prédécès n'accroît en rien la capacité civile de la femme, pas plus que leur surveillance ne la restreint.

« La raison d'être de l'autorisation maritale réside exclusivement dans la nécessité d'assurer l'unité de direction dans cette société de deux personnes qui se forme par le mariage et s'appelle l'association conjugale, unité indispensable à la paix et à l'honneur du ménage, comme à la bonne gestion des intérêts matrimoniaux. Il y a là une nécessité qui légitime la subordination de la femme au mari, sa privation momentanée de ses droits civils. » M. Flourens attribue exclusivement la raison d'être de l'autorisation maritale à la nécessité d'assurer l'unité de direction dans la société conjugale.

C'est certes un des points de vue sous lequel on peut envisager l'autorisation du mari. Mais on peut aussi attribuer la prérogative du mari à l'incapacité de la femme à qui le mari doit la protection.

Demandons-nous quels devraient être les caractères de l'autorisation dans chacun des deux systèmes et voyons si les articles de notre Code correspondent plutôt à l'un qu'à l'autre.

Fait-on de cette autorisation un secours au profit de la femme, tout devra converger vers sa protection. Thèse Margat, 94-23.

L'autorisation devra être spéciale. Il importera au mari d'étudier soigneusement chacun des actes pour lesquels la femme devra être habilitée.

Si pour un motif quelconque (interdiction, minorité, absence), le mari est dans l'impossibilité d'autoriser la femme, celle-ci devra demander l'autorisation à la justice qui exercera le pouvoir tutélaire à la place du mari. Il en sera de même dans les hypothèses exceptionnelles où l'autorisation du mari n'offrira pas toutes les garanties suffisantes, par exemple quand l'acte à intervenir mettra en conflit les intérêts du mari et de la femme.

Cette autorisation du mari ou de justice sera toujours requise à peine de nullité et cette nullité pourra être demandée par le mari et par la femme.

Considère-t-on au contraire l'autorisation matrimoniale comme un instrument d'autorité aux mains du mari, on aboutit sur tous ces points à des solutions opposées.

Le mari pourra donner à la femme une autorisation générale. L'autorisation supplétive de la justice ne saurait se comprendre. Dès que le mari a perdu la puissance maritale ou est dans l'impossibilité de l'exercer, le principe même de la restriction apportée à la capacité de la femme disparaît. D'autre part on ne saurait suspecter l'autorisation du mari intéressé dans l'acte, puisque la

femme est réputée pleinement capable. Enfin la nullité ne peut être demandée que par celui-là même dans l'intérêt duquel elle a été créée. Le mari seul, dans l'espèce, pourra faire tomber les actes faits au mépris de son autorité.

Il est assez difficile de dire laquelle des deux théories s'est appropriée le Code civil. L'une et l'autre conceptions trouvent dans les textes de solides points d'appui. Mais il semble que le législateur ait été préoccupé avant tout d'assurer à la femme une protection. C'est ainsi que le Code civil exige la spécialité de l'autorisation et subsidiairement de justice. L'autorisation doit être antérieure ou concomitante à l'acte. La ratification du mari ne le sauverait pas plus de la nullité que son décès. En outre cette nullité peut être demandée non seulement par le mari, mais par la femme elle-même. Enfin si le mari est mineur, absent, interdit, condamné à une peine afflictive, la femme ne peut plaider ni contracter sans autorisation de justice (articles 221-225 Code civil).

Bien plus, même munie de l'autorisation de son mari ou de justice, la femme ne recouvre pas sa pleine capacité. La fille ou la femme peuvent donner un mandat général d'administrer leurs biens, ou de les vendre, la femme mariée est dans l'impossibilité de conférer pareils pouvoirs. Le principe de la spécialité s'y oppose.

Il est vrai que le Code civil refuse toute protection à la femme, au cas où elle contracte avec le mari, ou dans son intérêt. Quelle garantie présente alors pour la sauvegarde des intérêts de la femme l'autorisation du mari ? Elle est plutôt en péril et on doit redouter un abus d'influence laissé ici sans remède. Après avoir implicitement reconnu l'impuissance et la faiblesse de la femme, le Code la laisse ici sans défense en face de son adversaire le plus redoutable, parce qu'il a pu acquérir sur elle le plus d'ascendant. Par là, le Code semble tourner brusquement vers la théorie de l'autorité maritale considérée comme fondement de l'incapacité.

Mais quoiqu'il soit démontré que notre Code attribue au mari le droit d'autorisation, non pas seulement comme chef mais comme protecteur, et que le point de départ de la capacité rendue à la femme par la loi nouvelle se trouve ainsi être trop absolu, cependant cette solution, fondée surtout sur des considérations d'utilité pratique, n'en est pas moins bonne, et peut même aussi s'expliquer en donnant comme motif de l'autorisation du mari la protection due à la faiblesse de la femme.

Certes la femme mariée est considérée par notre Code comme incapable ; mais alors que les intérêts des époux ne sont plus les mêmes, pourquoi ne pas lui rendre cette capacité qui lui appartient en dehors du mariage. La protection qui appartient au mari

est bonne en soi, surtout qu'elle se fortifie du principe d'unité de direction; et puisqu'il faut que quelqu'un commande, il est plus raisonnable que ce soit le mari qui a davantage l'expérience des affaires; mais cette protection de la femme est souvent superflue et jamais nécessaire, et lorsque le mari ne pourra remplir convenablement ce devoir de protecteur, qu'il faudra même voir en lui un adversaire, eh bien, revenons au droit commun qui donne à la femme une entière capacité.

Mais la solution donnée par la loi nouvelle ne mériterait-elle pas d'être étendue au moins dans une certaine mesure à la séparation de biens principale?

Quels sont donc les effets de cette séparation tels que les détermine l'article 1449 Code civil? La femme recouvre la libre administration. Elle peut aliéner ses meubles sans autorisation. Elle ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation. Il est vrai que certains auteurs et la jurisprudence ont voulu renfermer ses pouvoirs d'aliénation dans la sphère des actes d'administration; mais outre que la distinction est délicate, elle offre des dangers pour les tiers, tenus de s'assurer si la femme n'excède pas ses pouvoirs, et elle diminue par suite le crédit de la femme. Aussi faut-il admettre comme plus rationnel, plus conforme à l'esprit et au texte de la loi, de s'en tenir aux termes de l'article

1449. Mais alors quelle est la valeur de cette distinction faite par la loi entre les meubles et les immeubles ? Les meubles n'ont-ils pas aussi une valeur considérable et ne constituent-ils pas souvent à notre époque la totalité des patrimoines.

Pourquoi exiger l'autorisation pour aliéner les uns et ne pas l'exiger pour les autres ? Du moment qu'on ne reconnaît pas la nécessité de l'autorisation pour les meubles dont l'importance n'est pas moindre, elle n'est pas plus nécessaire à l'égard des immeubles. Il convient donc de la supprimer.

De plus, les arguments qu'on a fait valoir pour justifier la pleine capacité en cas de séparation de corps, n'ont-ils pas aussi en cas de séparation de biens une certaine force ?

Le mari, dépossédé de l'administration et de la jouissance de la dot, blessé dans son amour-propre et dans son intérêt, n'usera-t-il pas souvent de mauvaise volonté, de résistance, alors que son autorisation serait urgente, et n'ira-t-il pas aussi quelquefois jusqu'à la vendre ! Invoque-t-on le principe d'incapacité de la femme mariée ? Il faut bien admettre que le mari est devenu plutôt un protecteur dangereux, dont il faut se défier, puisque le plus souvent sa propre incapacité, ses abus l'auront amené à la ruine.

Il n'est plus possible d'invoquer le motif de l'unité de direction indispensable à la bonne ges-

tion des intérêts matrimoniaux, puisque désormais les patrimoines sont distincts et étrangers l'un à l'autre. La nécessité au nom de laquelle on prive momentanément la femme de l'exercice de ses droits d'ordre pécuniaire a cessé d'exister. Dès lors il faudra lui rendre dans cette sphère d'action son entière capacité.

Aussi inclinons-nous à penser qu'il serait désirable d'étendre à la séparation de biens principale, les effets reconnus par la loi à la séparation de biens accessoire, et de rendre à la femme séparée de biens la pleine capacité sauf à maintenir l'intégrité de direction morale appartenant au mari et à exiger son autorisation dans tous les cas où les intérêts moraux des époux seraient engagés.

Et nous pensons que la plupart des motifs, invoqués par nous pour justifier notre façon de penser, se retrouvent lorsqu'il s'agit de la séparation de biens contractuelle et des biens paraphernaux. Notre conclusion pourrait leur être étendue.

CHAPITRE I

DE LA DEMANDE EN SÉPARATION DE BIENS.

SECTION I. — *Causes de la séparation de biens.*

D'après l'article 1443, Code civil, la séparation de biens peut être poursuivie par la femme « dont la dot est mise en péril et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. »

Lorsque « la dot est en péril ». Que faut-il entendre par dot ? D'après l'article 1540 « la dot est sous le régime de la communauté comme sous le régime dotal, le bien, que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage ».

Ainsi, il faut comprendre dans la dot, sous le régime de communauté légale : 1° les meubles et acquêts qui tombent en communauté ; 2° les revenus des propres de la femme qui tombent aussi en communauté.

Il y a là une apparence de contradiction entre le droit que nous reconnaissons à la femme et les pouvoirs si étendus qui sont accordés par l'art. 1421 au mari comme chef de la communauté. L'apport tombant en communauté et le mari en étant le chef ne peut-il pas en user à sa guise ? Il faut répondre que les apports de la femme qui sont tombés en communauté constituent peut-être toute sa fortune, et si la loi reconnaît au mari des pouvoirs très étendus sur les biens de communauté, c'est dans l'intérêt de la famille. En use-t-il mal ? Le même intérêt permet de retirer au mari la gestion d'une dot qu'il met en péril.

Si la femme n'a rien apporté en mariage, mais que pendant les premiers temps de leur union la communauté ait prospéré et que le mari se mette ensuite à la dissiper, la femme pourrait-elle demander la séparation de biens pour sauvegarder sa part de communauté ?

Ne pourrait-on pas dire qu'il est impossible qu'il y ait péril de la dot quand la femme n'a absolument rien apporté en mariage, et qu'on ne peut prononcer la séparation en dehors des cas où l'art. 1443 l'autorise. Cela a été jugé. Amiens, 20 août 1877. D. 77. 3. 215.

Il faut répondre que si la dot n'est pas en péril dans ce cas, ses droits sont en péril, car elle a un droit dans la communauté ; et le

désordre des affaires du mari expose la femme à le perdre.

La dot ne consiste pas uniquement dans les immeubles ou dans les capitaux mobiliers remis par la femme au mari ; c'est d'une manière plus large le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage.

Les ressources que la femme par son travail, son industrie ou son commerce procure au mari pour subvenir aux besoins de la famille, constituent sa dot. Si le mari administre mal, la femme pourra demander la séparation.

La séparation de biens pourrait être provoquée par la femme, bien que le mari n'ait pas encore reçu la dot qu'elle a apportée en mariage. Elle peut être demandée lorsque la dot est en péril, et elle est en péril si le désordre des affaires du mari est tel qu'il soit évident que la dot disparaîtra comme ont disparu ses biens personnels si elle lui est remise. La séparation est une mesure préventive.

Nous sommes dans le même ordre d'idées en protégeant par la séparation des successions, qu'elle est appelée à recueillir. Qu'il s'agisse d'une fortune actuelle ou future, le danger est le même, et il faut prévenir le mal.

Lorsque la restitution est garantie par le cautionnement d'un tiers ou par une hypothèque lé-

gale, les tribunaux apprécieront les faits, à savoir la caution est-elle solvable ? L'hypothèque légale est-elle suffisante ?

Dans l'énumération des cas dans lesquels la femme peut demander la séparation, nous n'avons pas à distinguer entre la dot et les droits et reprises. Ces trois expressions ne sont pas insérées dans le texte pour distinguer trois catégories d'intérêts, mais pour indiquer que, de quelques éléments que cette fortune se compose, la séparation sera accordée. Il n'y a pas deux causes distinctes, mais une seule : le péril de la dot ; les droits et reprises constituent une partie de cette dot, en ce sens qu'ils ont pour but d'en assurer la reconstitution à son profit, lors de la dissolution de l'association conjugale et par conséquent l'article 1443 équivaut à ceci : Il y a lieu à la séparation de biens lorsque la dot est en péril et ce péril existe lorsque le mauvais état des affaires du mari donne lieu de craindre que la femme ne puisse recouvrer plus tard la partie de la dot qui est représentée par ses droits et reprises. Ces expressions paraissent désigner la partie de la fortune de la femme qui se présente sous la forme d'une créance contre le mari ou la communauté : par exemple la récompense due à la femme pour le prix de son propre aliéné qui a été touché par la communauté.

Si les revenus ont été détournés de leur desti-

nation qui est le soutien des charges du mariage, la femme est autorisée à poursuivre la séparation de biens. On a dit : Peu importe que les revenus de la dot servent à payer les dettes du mari. La femme ne peut pas répudier les dettes du mari antérieures au mariage ; elles ont partie du passif de la communauté ; il en est de même que de celles qu'il a contractées au cours du mariage comme maître et administrateur de la communauté. Mais si le mari entend acquitter ces dettes non plus avec les revenus de la dot tombée en communauté, mais avec les biens propres de sa femme, celle-ci peut l'accuser justement de mauvaise administration ; car ses revenus ne sont entrés dans la communauté que pour permettre au mari de subvenir aux besoins de la famille. Riom, 19 août 1848. D. 1850. 2. 216.

Il faut répondre qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre sorte de revenus, le mari ne peut les employer à un autre but que le soutien des besoins de la famille.

Le mari a reçu la dot, mais n'en a pas fait l'emploi prescrit par le contrat de mariage.

Ce défaut d'emploi ne saurait être par lui-même une cause de séparation de biens, tant que le mari a des biens suffisants pour répondre de la reprise des deniers dotaux. L'absence d'une sûreté ne constitue pas toujours un péril ;

et c'est précisément ce péril qui est nécessaire.

Le défaut d'emploi autorise la femme à demander l'emploi ; mais ne peut suffire à lui seul à motiver la séparation, à moins que le mari ne soit d'une solvabilité douteuse.

Mais, si le mari n'est pas solvable et que la condition d'emploi ait été stipulée pour suppléer à l'insuffisance de ses ressources, l'inaccomplissement de cette condition mettrait la dot en péril et autoriserait la séparation de biens. Cette solution devra être adoptée sous le régime dotal, dans le cas où le mari néglige de faire emploi des deniers dotaux contrairement aux clauses du contrat de mariage.

Mais la femme, avant d'en arriver à la demande en séparation de biens, devrait d'abord contraindre par une action en justice le mari à faire l'emploi et pourrait lui demander des dommages-intérêts. Elle devrait aussi, avant d'y recourir, si la somme a été dissipée par le mari, agir en indemnité contre les tiers qui, responsables comme le mari du défaut d'emploi, auraient dû refuser de payer, tant que le mari ne justifiait pas d'un emploi valable. En cas d'inutilité de ces deux actions, la femme pourra alors demander la séparation de biens. Un arrêt de la Cour de Cassation a cependant décidé que le défaut d'emploi ou de remploi serait suffisant pour justifier à lui seul une

demande en séparation de biens, 28 juin 1853, D. 54. 2. 44. MM. Aubry et Rau admettent que la femme a, dès avant la séparation de biens, le droit de demander, que, faute par le mari d'exécuter le remploi dans le délai imparti par le juge, elle soit autorisée à toucher le prix et à l'effectuer elle-même, Aubry et Rau, § 547, V. page 578.

Le mari a aliéné un immeuble dotal, ou même il a aliéné une valeur mobilière dotale sans faire le remploi exigé par le contrat de mariage.

S'agit-il de meubles dotaux corporels, le tiers acquéreur de bonne foi est protégé par la maxime : en fait de meubles possession vaut titre. De plus la femme, tant que dure le mariage, n'a pas l'exercice des actions relatives aux biens dotaux ; c'est le mari seul qui a le droit d'agir en nullité et s'il refuse de le faire (ce qui est très probable à raison du recours en indemnité, que le tiers aura contre lui), la femme n'aura d'autre ressource que la séparation de biens. Il semble, au contraire, que la femme n'ait aucun intérêt à agir immédiatement contre le tiers acquéreur d'un immeuble dotal puisqu'aucune prescription n'est à craindre pendant la durée du mariage. Mais il est possible que le tiers fasse subir à l'immeuble des détériorations et puis le ménage est privé des fruits et revenus que cet immeuble produisait, de telle sorte qu'on peut toujours dire qu'il y a péril des revenus dotaux ;

et c'est un motif suffisant pour demander la séparation de biens.

Le mari administre mal, il néglige de faire fructifier les biens dotaux, ne les fait pas réparer ; la femme, à la dissolution du mariage, obtiendra de ce chef une indemnité contre le mari. C'est là une garantie suffisante, si le mari est pleinement solvable ; mais si la situation du mari est compromise, la femme alors court le risque de voir son action en dommages-intérêts inefficace ; pour sauvegarder son recours, elle peut prendre les devants et demander la séparation de biens. L'ayant obtenue, elle pourra dès maintenant réclamer l'indemnité qui lui est due.

En sa qualité d'administrateur des biens dotaux, le mari a l'exercice des actions relatives à sa dot, même des actions pétitaires immobilières (art. 1549). Si le mari refuse ou néglige d'agir, quel sera le droit de la femme ? Comment, par exemple, pourra-t-elle se prémunir contre la prescription imminente d'un de ses immeubles dotaux commencée avant le mariage, prescription possible aux termes de l'article 1561, alinéa 1. Elle aura bien un recours contre le mari, mais, en supposant qu'elle craigne de le voir échouer à raison de l'insolvabilité imminente du mari, elle n'aura comme dernière ressource que la séparation de biens.

Le péril des paraphernaux peut aussi être une cause de séparation de biens.

Cela peut se produire dans deux hypothèses :

1^o La femme a abandonné au mari l'administration et la jouissance de ses paraphernaux. Si cet abandon résulte du contrat de mariage, le mandat donné au mari est irrévocable (art. 1395) et la femme pour se prémunir contre les conséquences d'une mauvaise administration n'a qu'une ressource, c'est de demander la séparation de biens. Si l'abandon, au contraire, résulte d'une convention postérieure au contrat de mariage, cette convention ne participe pas de l'irrévocabilité de celui-ci ; la femme n'a pas besoin de demander la séparation de biens, il lui suffira de révoquer le mandat donné à son mari.

2^o La femme n'a que des paraphernaux, soit qu'elle n'ait fait aucune constitution de dot, soit qu'elle se soit constituée en dot ses biens à venir seulement et qu'elle n'ait encore rien recueilli depuis la célébration du mariage. En pareil cas, d'après l'article 1575, la femme doit contribuer aux charges du ménage pour la part fixée par le contrat de mariage ou, à défaut de convention, jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Supposons que le mari dissipe ces revenus au lieu de leur donner leur destination normale. La femme a un moyen de se prémunir contre le danger qui

la menace, c'est de se faire autoriser par justice à verser directement aux créanciers sa part contributive, sans la faire passer par les mains du mari. La séparation de biens n'est donc pas ici nécessaire et ne lui sera pas accordée.

Les revenus dotaux sous le régime dotal sont déclarés par la jurisprudence, comme nous le verrons, insaisissables pour dettes contractées pendant le cours du mariage, au moins pour la portion nécessaire aux besoins du ménage. Mais des saisies-arrêts pratiquées sur les revenus par les créanciers du mari alors même qu'elles n'excéderaient pas la portion disponible, peuvent-elles être une cause de séparation de biens ?

Cela a été décidé par la Cour de Cassation (7 fév. 1894) dans une espèce où il s'agissait de créances antérieures au mariage et dont la femme avait eu connaissance au moment du mariage. Cette solution devrait être généralisée et s'applique à tous les créanciers du mari. On admet en effet que la femme peut demander la séparation, bien que le capital même de la dot ne soit pas en péril, si les revenus sont détournés par le mari de leur destination. Mais dans le cas qui nous occupe, l'application du principe peut présenter une certaine difficulté en ce que les saisies-arrêts étant pratiquées sur la partie excédant les besoins du ménage ne mettent pas le mari dans l'impossibilité actuelle

de pourvoir à ces besoins, et en ce qu'il n'y a en somme de péril ni pour le capital de la dot, ni pour la portion strictement suffisante à l'entretien des époux et des enfants. Cependant la Cour de Cassation a déjà reconnu aux juges du fait, le droit de déclarer qu'une telle situation pouvait, d'après les circonstances, mettre la dot en péril ; car le désordre des affaires du mari prouvé par le chiffre important de ces dettes faisait craindre que les revenus dotaux ne fussent pour une grande part et pour longtemps détournés de leur destination. Cassation, 17 mars 1847. S. 47. 1.421.

Peu importe en effet que le mari ne soit pas actuellement dans l'impossibilité de subvenir aux besoins du ménage. « Il faut distinguer, est-il dit dans la note sous l'arrêt précité, les besoins du ménage, limite au-delà de laquelle les revenus dotaux deviennent saisissables et les charges du mariage constituant la destination légale et essentielle des revenus dotaux, qui ne sont pas limités aux besoins du ménage, et dont l'importance varie suivant l'importance même des revenus dotaux. » « La femme a le droit d'employer ses revenus à manger du pain blanc avec son mari et ses enfants sans qu'on puisse lui objecter qu'il suffit de leur assurer du pain bis ». Rodière et Pont.

Le droit de saisie des créanciers du mari doit passer après le droit pour la femme de maintenir

l'intégralité de ses revenus à leur affectation légale dans laquelle ne rentre pas le paiement des dettes personnelles du mari ; ces revenus sont tout entiers affectés aux charges, qui naissent du mariage et la dot est en péril s'ils en sont gravement et pour longtemps détournés.

Nous ajouterons que l'appréciation par les juges du fait des circonstances de nature à mettre la dot en péril est souveraine, et échappe à la censure de la Cour de Cassation.

Comme nous le disions ci-dessus, il est indifférent que les dettes dont le paiement est poursuivi soient antérieures au mariage, et que la femme en ait eu connaissance lors de la célébration.

On pourrait soulever l'objection en tirant argument en ce sens d'un arrêt de la Cour de Cassation du 2 juillet 1851 (S. 1851. 1. 609), décidant que la femme ne peut demander la séparation à raison de l'insuffisance des biens du mari pour répondre de sa dot, lorsque cette insuffisance existait à l'époque du mariage, et que depuis lors il n'y a aucun fait de mauvaise administration à reprocher au mari. Mais nous écarterons cette objection en disant qu'il suffit que les revenus dotaux soient détournés de leur destination, qu'ainsi la dot est mise en péril : ce qui a lieu puisque nous supposons des saisies-arrêts sur les revenus de la dot.

Aussi la séparation de biens pourra-t-elle être prononcée.

Examinons maintenant un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles il y a péril possible pour la dot, à raison de la situation spéciale dans laquelle se trouve le mari.

Le mari est absent. — Nous aurons à distinguer, suivant qu'il s'agira d'époux mariés sous le régime de la communauté légale ou le régime dotal. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, l'article 125 du Code civil permet à la femme d'opter entre la continuation de la communauté ou sa dissolution provisoire, cette dernière entraînant l'exercice de ses droits et reprises.

S'ils sont mariés sous le régime dotal, nous ne nous trouvons en présence d'aucun texte qui prévoit la situation de la femme dotale en cas d'absence du mari. Quels vont être ses droits?

On a proposé d'autoriser la femme dotale à demander la séparation de biens. La dot se trouvant sans administrateur est mise en péril. On se trouve dans le cas de l'article 1564. Le mari n'a pas à se plaindre de cette décision, puisqu'il n'accomplit pas les obligations que lui impose sa qualité d'administrateur.

Il faut écarter cette opinion. Sans doute, il y a

la possibilité de péril pour la dot ; mais la femme n'a pas besoin de la séparation de biens pour se garantir de ce péril ; elle puise une protection suffisante dans les principes généraux de l'absence. Ces principes, auxquels l'article 124 vient déroger par le cas de communauté, doivent reprendre leur empire, lorsqu'il s'agit d'époux non communs en biens, et notamment d'époux mariés sous le régime dotal. Or, la règle à cet égard, est posée par l'article 123, d'après lequel tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à l'événement de son décès, pourront, après la déclaration judiciaire d'absence, exercer provisoirement ces droits à la charge de donner caution.

En ce qui concerne la femme dotale, la dot lui sera provisoirement restituée, et elle en aura l'administration et la jouissance de la même manière et avec des droits aussi étendus que les autres envoyés en possessions provisoire. Cette restitution de la dot deviendra définitive après l'expiration des délais fixés par l'article 129, et si, dans cet intervalle, le mari reparaît, ou si son existence est prouvée, les effets de cette restitution provisoire cesseront et le mari reprendra sur la dot les pouvoirs qui lui appartenaient avant sa disparition (art. 131).

Dans l'opinion adverse, qui prétend qu'il y a

lieu à la séparation de biens on est bien obligé d'appliquer l'article 131 et de dire que la séparation de biens cesse de plein droit, si le mari reparait ou s'il donne de ses nouvelles.

Or, cette solution se heurte à l'article 1451, d'après lequel la séparation ne peut cesser et le régime antérieur être rétabli que du consentement des deux époux constaté par acte notarié, avec accomplissement des formalités de publicité de l'article 1445. On dit, il est vrai, qu'il y a en pareil cas dérogation forcée à l'article 1451. Mais ne vaut-il pas mieux adopter un système qui, tout en étant d'accord avec les principes, conserve l'harmonie entre les différentes dispositions de la loi.

Nous avons supposé qu'il y avait eu jugement de déclaration d'absence. Que décider s'il y a simplement présomption d'absence? La femme dont les biens dotaux dépérissent faute d'administrateur, pourra demander, conformément à l'article 112 du Code civil, que des mesures conservatoires soient prises à l'égard de sa dot. Elle trouve donc encore des garanties suffisantes dans l'application des règles de l'absence. La séparation de biens lui sera donc refusée.

Que dire de la faillite? Elle n'entraîne pas de plein droit la séparation de biens. Mais si la femme veut exercer ses reprises, il faut qu'elle

fasse prononcer la séparation de biens. Elle y a intérêt, même si elle est mariée sous le régime dotal pour empêcher que les revenus de sa dot, dont l'administration et la jouissance appartenaient au mari, ne soient pas appréhendés par les créanciers du mari. Si elle ne possède aucun bien, et qu'elle n'ait pas de reprises à exercer, elle aura encore intérêt à faire prononcer sa séparation de biens, afin de mettre à l'abri des poursuites des créanciers les biens qu'elle pourrait acquérir ensuite par son travail, par succession ou donation, et sa demande sera recevable parce que la dot comprend les biens présents, mais aussi les biens à venir. Il est vrai que la faillite rend exigibles toutes les dettes non échues (art. 444. C. com.) ; on pourrait en conclure que la séparation de biens n'est pas nécessaire, et que la femme rentre, par l'effet de la faillite, en possession de ses biens ; mais les dettes du mari sont d'une nature particulière qui ne les rend exigibles que par la dissolution du mariage ou la séparation de biens. Il est encore vrai que la loi de 1838 ne prévoit rien à ce sujet ; mais on aurait tort d'en conclure que la séparation s'opère de plein droit ; la loi suppose qu'elle est demandée et prononcée. La femme ne demandant pas la séparation, tous ses biens resteraient confondus dans la masse. Sans doute elle pourrait s'opposer à la vente de ceux dont elle

justifierait la propriété ; mais les revenus seraient perçus par le syndic de la faillite au profit de la masse.

On est généralement d'accord pour admettre que l'état de contumace du mari est une cause suffisante de séparation de biens en raison tant de l'abandon volontaire où le mari laisse l'administration de la communauté et des biens personnels de la femme, que du préjudice qui résulterait pour celle-ci de l'établissement du sequestre. La femme est réduite à solliciter des secours de l'administration qui les lui accorde comme une grâce et dans la mesure qui lui plaît. C'est pour la femme une situation intolérable, qui justifie pleinement la séparation de biens.

L'interdiction judiciaire prononcée contre le mari pourra être une de ces circonstances que la femme pourra invoquer ; mais elle ne suffit pas à elle seule ; car le désordre peut ne pas exister dans les affaires du mari ; et la nomination d'un tuteur est une sécurité pour l'avenir. La femme sera souvent ce tuteur.

Il en est de même pour l'interdiction légale. Certains auteurs (MM. Rodière et Pont) n'ont pas admis notre solution. Elle est provoquée, disent-ils, par une faute du mari et cette faute ne peut pas nuire à la femme.

L'interdiction légale compromet-elle la fortune

de la femme ? non, puis qu'il y a organisation d'une tutelle.

On invoque aussi l'analogie entre l'état de contumace et l'interdiction légale ; cette analogie n'existe pas ; la femme en cas d'interdiction légale, a droit à tout ce qui est nécessaire à elle et à ses enfants ; en cas de contumace, elle n'a pas droit aux secours que l'administration peut lui donner, mais les obtient à titre de faveur. D'ailleurs, si la femme ne veut pas accepter la situation qui lui est faite, la loi lui offre un moyen bien simple d'en sortir en provoquant la séparation de corps.

SECTION 2. — *Dès personnes qui peuvent demander la séparation de biens.*

Il résulte clairement du texte de l'article 1449 que la séparation de biens ne peut être demandée que par la femme seule et non par le mari. C'est le pouvoir absolu du mari qui justifie le privilège que la loi accorde à la femme. Elle est exclue de l'administration. Et pourtant elle apporte sa dot, son travail, son économie, toute sa fortune peut-être. Si le mari dissipe ses biens, la femme perdra tout sans avoir le droit de s'y opposer. La loi devait donc à la femme une compensation. Aussi cette grave mesure est autorisée uniquement dans l'intérêt de la femme.

Nul ne peut malgré la femme, exercer du chef de celle-ci ou en sa place la faculté personnelle qui lui est accordée par la loi. C'est ce que nous dit l'article 1446, ainsi conçu : « Les créanciers personnels de la femme, ne peuvent, sans son consentement, demander la séparation de biens ».

La loi a considéré ici que l'élément moral était en cause et qu'il était l'élément dominant. La femme seule est en mesure d'apprécier ce qu'il convient de faire.

Les créanciers de la femme ne peuvent demander la séparation de biens qu'avec son consentement ; a contr. art. 1446. 1. Dans ce cas, c'est un mandat qui leur est accordé. Ils doivent former la demande en son nom ; car ils exercent un droit personnel à la femme avec son consentement, et non un droit qui leur soit propre. Ils ne font pas valoir le droit de leur débitrice, en vertu de l'article 1466, Code civil.

Par suite, si la femme retire son consentement à la demande en séparation de biens des créanciers, l'instance ne peut être continuée, le retrait produisant l'effet du désistement de la femme, ce qu'elle peut faire quand il lui plaît. Mais la femme devra-t-elle dans ce cas indemniser les créanciers des frais avancés par eux, par suite de son consentement irréfléchi ? On peut hésiter avant de faire retomber sur la femme cette responsabilité.

Le plus souvent ce sont eux, qui sont venus la solliciter pour obtenir son consentement ; elle a cédé à leurs instances et son mandat n'a rien eu de spontané.

L'article 1446 *in fine* dispose : « Néanmoins en cas de faillite ou de déconfiture du mari ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. »

La faillite et la déconfiture amènent la réalisation du patrimoine du mari au profit de ses créanciers. Paralyser plus longtemps les droits des créanciers de la femme serait incompréhensible et injuste. Il y a faillite dans les circonstances que la loi a précisées (art. 437 C. com.).

La constatation de la déconfiture est plus difficile ; car il n'y a pas de jugement antérieur pour la constater. Il faudra donc que les créanciers qui veulent exercer l'action de l'article 1446 alinéa 2 rapportent devant le tribunal, en cas de contestation de la part du mari, la preuve qu'il est en déconfiture, c'est-à-dire qu'il est poursuivi par ses créanciers et que son patrimoine est insuffisant pour les désintéresser. Il ne suffirait pas, pour prétendre que le mari est insolvable, de rapporter quelques faits isolés de poursuite, la saisie réelle, l'abandon aux créanciers, la notoriété même, la fuite ou l'incarcération ; un procès-verbal de carence dressé au domicile du mari. Il n'y a que la discussion de

ses biens meubles ou immeubles qui puisse constater d'une façon péremptoire l'état de déconfiture où il est tombé. (Cassation, 21 mars 1882. S. 82. 1. 152).

Une fois la preuve de la faillite ou de la déconfiture rapportée « les créanciers peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances », article 1446. Quelle est la nature de ce droit ?

Ce n'est pas l'action en séparation que la loi leur permet d'exercer. Cette action entraîne la dissolution de la communauté et la loi n'admet pas que les créanciers de la femme puissent dissoudre la communauté malgré la volonté de celle-ci. La loi se borne à donner satisfaction à leurs intérêts en leur permettant d'agir. Ils agissent comme si la communauté était dissoute et ils peuvent exercer jusqu'à due concurrence tous les droits que la séparation et la résolution de la communauté auraient fait naître au profit de la femme séparée.

Ils peuvent donc se faire colloquer, du chef de la femme, dans les distributions ou dans les ordres ouverts sur le prix des biens du mari, et même sur le prix des biens de la communauté. Toutefois, comme les créanciers agissent en son nom, ils subiront les restrictions mises au droit de la femme d'un failli (articles 557 et suivants C. comm.).

Cependant il y a un cas où les créanciers de la

femme d'un failli auront des droits plus étendus que la femme elle-même qui ne demande pas la séparation.

Il s'agit de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts de communauté. La question de savoir, si, sous le régime de communauté légale ou conventionnelle, l'hypothèque légale de la femme frappe les conquêts, comme elle frappe d'après l'article 1125 les immeubles propres du mari, a été discutée. Mais la majorité des auteurs et la jurisprudence ont admis l'affirmative.

Si nous admettons que l'hypothèque légale de la femme frappe les conquêts, nous reconnaitrons que les effets de cette hypothèque sont plus ou moins complets, suivant que la femme renonce à la communauté ou l'accepte. La renonciation par suite de laquelle la femme est à considérer comme n'ayant jamais engagé son patrimoine dans une société de biens avec son mari, efface quant à l'hypothèque légale, toute différence entre les conquêts et les autres immeubles de ce dernier. Il en résulte que la femme qui a renoncé, peut exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari seul, quoique durant la communauté. Il en résulte, d'un autre côté, que cette hypothèque remonte sur les conquêts à la même date que sur les autres immeubles du mari et prime ainsi les hypothèques constituées ou acquises postérieurement à cette date.

L'acceptation de la communauté produit une situation toute différente. La femme qui accepte étant censée avoir toujours été commune en biens et avoir été représentée par son mari dans tous les actes d'administration ou de disposition relatifs aux biens communs, son hypothèque subit nécessairement l'influence de sa qualité de commune en biens et des conséquences qui découlent de ces actes. On en conclut, d'une part que la femme qui a accepté la communauté n'est pas recevable à exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari durant la communauté; et d'autre part qu'elle se trouve primée, en ce qui concerne les conquêts échus au lot de ce dernier, par les hypothèques acquises sur lui pendant le même temps. Nous supposons le mari tombé en faillite ou en déconfiture; la femme, suivant l'hypothèse que nous étudions en ce moment, ne demande pas la séparation de biens; la communauté n'est donc pas dissoute. Un ordre est ouvert sur le mari pour la distribution du prix des conquêts par lui aliénés, ou expropriés sur lui; la femme est admise à faire valoir son hypothèque légale, mais à titre provisoire seulement, et par forme de mesure conservatoire.

Ainsi elle aura droit d'être colloquée comme s'il s'agissait de la distribution du prix d'immeubles propres; mais cette collocation ne pourra

être qu'éventuelle et ne sera accordée qu'à la charge de la consignation des fonds pour être délivrée à la femme si elle renonce à la communauté, et aux créanciers colloqués après elle, si elle l'accepte. Le droit des créanciers de la femme, qui agissent en vertu du 2^e alinéa de l'article 1446 sera-t-il le même ? Il sera plus étendu. Les créanciers de la femme subrogés ou non à son hypothèque légale seront fondés, malgré la continuation de la communauté entre les époux, à réclamer, soit en leur propre nom s'ils sont subrogés dans l'hypothèque légale de la femme, soit du chef de leur débitrice, s'ils ne le sont pas, des collocations *définitives* dans l'ordre ouvert sur le mari pour la distribution du prix d'immeubles conquêts, comme ils y seraient autorisés s'il s'agissait du prix d'immeubles propres à ce dernier. Ils pourraient également, en cas de purge portant sur les conquêts aliénés par le mari user de la faculté de surenchérir. Il a même été jugé que les créanciers de la femme sont, au cas de faillite ou de déconfiture du mari, recevables à exercer la poursuite hypothécaire contre les tiers détenteurs de conquêts par lui aliénés. (Metz, 20 janvier 1859. S. 60. 2.367).

N'est-il pas singulier que le droit des créanciers de la femme soit en pareil cas un droit plus énergique que le droit de la femme elle-même ? et que tandis qu'elle ne peut réclamer sur le prix des con-

quêts qu'une collocation simplement éventuelle ils puissent, eux créanciers, demander des collocations définitives. Cette singularité apparente trouve son explication dans le motif sur lequel est fondé la disposition du 2^e alinéa de l'art. 1446. Cette disposition qui forme le correctif de la défense faite aux créanciers de la femme de provoquer la séparation de biens, a pour objet de les protéger contre la négligence de leur débitrice ou ses ménagements envers le mari. Elle se comprend d'autant mieux que la faillite ou la déconfiture de ce dernier, est pour la femme comme une mise en demeure de poursuivre la séparation de biens ; si elle s'abstient de le faire , il ne faut pas que son abstention, quels qu'en soient les motifs, puisse compromettre les intérêts de ses créanciers (Orléans, 12 juillet 1854., S. 54. 2. 561).

Il peut ainsi arriver que les créanciers de la femme, pour se faire payer, exercent un droit que la femme ne pourrait exercer qu'au cas où elle renoncerait à la communauté. Or la communauté continue d'exister entre les époux, et la femme pourra toujours lors de la dissolution effective de la communauté l'accepter ou y renoncer, mais à la charge, si elle l'accepte, de faire état de la valeur des choses dont ses créanciers ont fait la reprise et qu'elle n'eût pu retirer qu'en renonçant à la communauté. Les époux restent dans leurs rapports

entre eux, et dans leurs rapports avec les tiers pour l'avenir, mariés sous le régime établi par leur contrat de mariage. Toutes les questions sont réservées entre eux pour être résolues à la dissolution de la communauté, qui se ne produira que plus tard en vertu du droit commun.

Bien que la communauté continue d'exister entre les époux, les créanciers de la femme ne seront pas tenus de respecter l'usufruit de la communauté sur les biens de leur débitrice. Ils ne sont donc pas obligés de laisser au mari la jouissance des sommes pour lesquelles ils ont obtenu collocations et ils peuvent d'un autre côté poursuivre le paiement de ce qui leur est dû sur la pleine propriété des biens meubles ou immeubles de la femme dont la reprise a été faite en nature. En effet, à leur égard, la communauté n'existe plus ; il en est de même de l'usufruit qui appartenait à cette communauté.

On a prétendu que l'article 1446 n'enlève pas à la dot sa destination essentielle qui est de subvenir aux charges du mariage ; par suite qu'il ne faut pas faire cesser le droit que le mari acquiert sur les fruits de cette dot par le fait du mariage et pour toute sa durée. Mais le mari profiterait peu de ces revenus s'il les gardait ; ses propres créanciers seraient autorisés à les saisir, et ce seraient eux qui bénéficieraient de la restriction proposée.

Cela suffit pour rendre cette objection inadmissible.

Le droit de demander la séparation de biens n'appartient qu'à la femme. Cependant il ne faudrait pas exagérer ce que ce droit a de personnel.

Si la femme meurt après l'avoir intenté, ses héritiers et ses créanciers pourront continuer l'instance qu'elle a commencée. Il ne faut pas que cette action puisse être exercée contre le gré de la femme; mais dans notre hypothèse, la femme a manifesté sa volonté de parvenir à la séparation, la demande émane de sa propre initiative, l'instance interrompue par son décès était son œuvre. A la vérité si elle avait vécu elle aurait conservé le droit de se désister de son action, mais, puisqu'elle est décédée sans avoir exprimé une détermination nouvelle, on doit naturellement présumer qu'elle a persévéré dans sa première intention. Dès lors, en reprenant l'instance qu'elle avait introduite, ses héritiers et ses créanciers ne feront que poursuivre le but qu'elle s'était elle-même proposé.

Il est encore une hypothèse où le caractère personnel de l'action en séparation de biens doit s'effacer, c'est lorsque la femme est interdite. Dans ce cas, son mari est investi de la tutelle de plein droit (art. 506 C. civ.); aussi faut-il reconnaître dans ce

cas au subrogé-tuteur le droit de demander la séparation de biens contre le mari ; pour que le jugement ne soit pas illusoire, il sera nécessaire d'enlever l'administration des biens de la femme au mari au moyen de la nomination d'un nouveau tuteur.

La femme peut avoir renoncé, étant majeure, au droit de poursuivre sa séparation de biens. Cette renonciation ne constituerait pas une fin de non-recevoir contre la demande qu'elle formerait dans la suite pour obtenir cette séparation. Car, s'il nous est permis de renoncer à des droits établis en notre faveur, ce n'est qu'autant que nous avons la libre disposition de ces droits. Or la faculté de demander la séparation de biens ne se trouve point dans ce cas. En effet, la séparation de biens est la sauvegarde de la famille ; et sous ce rapport elle touche à l'ordre public, qui ne peut recevoir aucune atteinte des renonciations émanées des particuliers.

La jurisprudence déclare aussi non recevable à former la demande en séparation de biens la femme qui a diverti ou recelé des objets mobiliers appartenant à la communauté ou sous le régime dotal à son mari ou à la société d'acquêts.

Signalons à ce point de vue une différence entre le régime dotal et le régime de communauté. Sous ce dernier régime, si l'objet diverti est commun,

l'époux est privé de sa part dans l'objet qu'il a voulu détourner (article 1477) ; cette disposition est évidemment inapplicable au régime dotal, à moins qu'il n'y ait société d'acquêts.

La femme qui a échoué sur une première demande est-elle recevable à en former une seconde ? Il convient ici de faire une distinction. La nouvelle demande ne repose-t-elle que sur les faits qui ont déjà été allégués lors de la première, le mari pourra certainement écarter la prétention de la femme au moyen de l'exception de chose jugée, car on rencontre alors les trois éléments nécessaires pour constituer cette exception, c'est-à-dire même objet, même cause, mêmes personnes agissant dans les mêmes qualités (art. 1351).

Ajoutons que de plus les moyens de prouver la cause de la demande sont les mêmes, le désordre des affaires du mari et la crainte plus ou moins fondée de son insolvabilité.

La femme signale-t-elle au contraire à l'appui de la seconde demande des circonstances survenues depuis le premier jugement et suffisantes pour motiver la séparation de biens, cette demande devra être admise.

Remarquons bien qu'il s'agit de preuves qui n'existaient pas lors du premier procès. Des moyens nouveaux, des preuves nouvelles acquises par le demandeur depuis le 1^{er} jugement sur les

faits motivant la première demande ne pourraient lui permettre de renouveler le procès. C'est un principe fondé sur des motifs d'intérêt public.

La raison en est claire d'ailleurs. Tout demandeur doit être certain de sa demande. Avant de la former il doit recueillir ses preuves et proposer toutes celles qu'il croit propres à la faire admettre, afin de n'y pas revenir, et s'il est condamné faute de les avoir mises sous les yeux des juges, tant pis pour lui ; sa condamnation est irrévocable.

Mais s'il s'agit de preuves qui n'existaient point lors du premier jugement, qui ne sont nées que depuis et qui sont de nature à lui donner ou à lui créer un nouveau droit, quoique pareil à celui qu'elle avait d'abord vainement réclamé sans preuves suffisantes, il est évident qu'on n'a rien à lui reprocher et qu'on ne peut lui opposer l'exception de chose jugée puisque la nouvelle question qu'il présente à la justice n'a été et n'a pu être jugée.

CHAPITRE II

DE LA DEMANDE EN JUSTICE

SECTION I. — *De la nullité des séparations volontaires.*

Aux termes de l'article 1443 la séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice...
« Toute séparation volontaire est nulle ».

Le législateur qui a posé le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales dans l'article 1395, ne pouvait admettre les séparations volontaires qui sont en contradiction avec ce principe. Il faut que la séparation de biens ait lieu au grand jour d'un débat judiciaire, et cela pour la protection de plusieurs intérêts : d'abord dans celui des époux pour empêcher que l'un d'eux, plus faible ou plus inexpérimenté, ne fût exploité par l'autre dans une séparation faite à l'amiable ; dans l'intérêt des tiers afin de rendre très difficile le succès des fraudes que les époux pourraient diriger contre leurs créanciers afin de détourner leur gage ; ensuite dans le but de faire connaître

aux personnes qui traiteraient dorénavant avec les époux la modification apportée à leur régime matrimonial.

Si, contrairement à la disposition de la loi, les époux ont fait entre eux des conventions ayant pour but soit le partage de la communauté, soit la restitution à la femme de la dot ou de ses reprises, ces conventions seront nulles. La nullité ; prononcée par l'article 1443, atteint les séparations volontaires sous quelque forme qu'elles se cachent. Ainsi une transaction qui aurait ce but serait complètement nulle ; car il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'on ne pourrait faire directement.

La séparation est nulle absolument ; elle ne pourrait pas être opposée aux tiers, et les époux eux-mêmes pourraient l'un contre l'autre se prévaloir de sa nullité. Les paiements qui ont été faits à la femme en vertu de cette convention, les remises que le mari lui aurait effectuées, soit de sa part dans la communauté, soit de valeurs à elles propres sont inopposables aux tiers. Elle ne lie pas le mari, qui pourra malgré la convention reprendre dans les mains de la femme les biens qu'il lui a remis et tout ce qui, d'après le régime adopté par le contrat de mariage, aurait dû parvenir au mari si la séparation n'avait pas eu lieu.

Il faut décider aussi que le mari ou ses ayants-

cause pourront encore, après la dissolution du mariage, se prévaloir de la nullité de la séparation volontaire pour exiger que la liquidation des droits des époux se fasse comme si aucune séparation n'avait eu lieu pendant le mariage. Où serait en effet la protection que la loi veut donner contre le danger des séparations amiables s'il en pouvait être autrement? L'article 1443 est du reste conçu d'une manière absolue.

Nous reconnaitrons le même droit pour la femme de se prévaloir de la nullité de la séparation volontaire soit avant, soit après la dissolution du mariage.

Elle pourra donc tenir pour non venus les paiements qui lui ont été faits, et réclamer, lors de la dissolution régulière de la communauté, le montant intégral de ses reprises, sauf à tenir compte au mari de ce dont les valeurs qu'elle a reçues l'auraient enrichie.

La prohibition de la séparation volontaire ne fait pas obstacle à ce que le mari, contre lequel la femme a obtenu la séparation de biens, et qui a porté appel du jugement rendu contre lui, ne se désiste de son appel. Son désistement est valable. Aucun des motifs qui ont fait prohiber la séparation volontaire, n'existe lorsque la séparation a été prononcée par les juges de première instance.

La demande a reçu la publicité voulue par la

loi ; de plus l'intervention de la justice exclut toute idée de modification contractuelle aux conventions matrimoniales et de fraude au détriment des tiers. Ni l'opposition, ni l'appel n'anéantissent le jugement contre lequel ils sont dirigés ; ils annoncent seulement l'intention de contester le jugement, lequel subsiste dans toute sa force tant qu'un autre ne l'a pas annulé. Si donc on ne donne pas de suite à l'opposition et à l'appel, les choses restent entières ; et par conséquent le désistement est bien loin de constituer un acquiescement à la demande ; il a tout juste la portée d'une renonciation à la faculté de contester le jugement. (Arrêt. Cour de Cassation, 19 avril 1827. D. 27. 1. 483).

Autre cas ; le mari renonce à l'opposition par lui faite à un jugement par défaut prononçant la séparation de biens, ou il acquiesce à ce jugement. Les mêmes motifs se retrouvent pour décider l'affirmative. La justice a prononcé en connaissance de cause ; cela suffit pour sauvegarder tous les intérêts. L'acquiescement n'ajoute rien à la décision. D'ailleurs l'article 1444, Code civil, d'après lequel le jugement de séparation peut être exécuté volontairement, ne distingue pas entre les jugements contradictoires et ceux par défaut.

SECTION 2. — *Du tribunal devant lequel doit être portée la demande en séparation ; — De l'introduction de la demande.*

Le tribunal compétent pour connaître de la demande en séparation est celui du domicile du mari.

Les principes du droit et aussi l'intérêt des tiers l'exigent ainsi. Les formalités prescrites par la loi pour les avertir par la publicité des demandes en séparation manqueraient leur but, si la femme pouvait porter son instance devant un tribunal tellement éloigné du domicile des époux que les créanciers les plus vigilants n'en seraient pas informés et ne pourraient prendre aucune mesure conservatoire en temps opportun. Les auteurs et la jurisprudence reconnaissent au tribunal du domicile du mari une compétence *ratione materie*. Par suite, tout autre tribunal doit se déclarer incompétent (Trib. civ. de Sens, 10 mai 1889, *Gaz. du Pal.*, 87.1.816) et les créanciers du mari peuvent élever le déclinatoire et empêcher la prononciation du jugement, quoique le mari eût accepté expressément ou d'une manière tacite la juridiction du tribunal saisi (Cassation, 18 novembre 1835. S. 36.1.178). Toutefois un arrêt de cassation du 14 mai 1879 (S. 79.1.293) a tempéré la rigueur de la règle au profit des époux. Les créan-

ciers ne peuvent, d'après cet arrêt, demander la nullité du jugement pour cause d'incompétence qu'autant qu'ils établissent que les époux ont, en connaissance de cause et avec intention dolosive, saisi un tribunal incompétent.

En ce qui concerne l'introduction de l'existence, nous dirons peu de chose. Qu'il nous suffise de citer l'article 865 du Code de procédure civile qui règle les principes concernant l'autorisation du président : « Aucune demande en séparation de biens ne pourra être formée sans une autorisation préalable, que le président du tribunal devra donner sur la requête qui lui sera présentée à cet effet. Pourra néanmoins, le président, avant de donner l'autorisation, faire les observations qui lui paraîtront convenables ».

La femme ainsi autorisée formera sa demande sans préliminaire de conciliation ; la raison en est simple, l'acquiescement [du mari serait nul. « Toute séparation volontaire est nulle » (art. 1445, *in fine* C. civ.).

Cette autorisation du président nécessaire à la femme pour porter sa demande devant le tribunal ne l'est plus pour qu'elle puisse se pourvoir en appel contre le jugement qui l'aurait rejetée.

La femme peut se désister de l'instance. Son désistement peut être tacite et résulter des circonstances.

Seulement le désistement tacite suppose un fait personnel impliquant abandon certain de l'instance ou du droit. L'inaction prolongée de la femme demanderesse doit-elle faire présumer son désistement tacite. Les créanciers du mari ont fait une main-mise sur les revenus des propres de la femme dans le long intervalle de la demande au jugement de séparation. Si l'inaction de la femme qui n'a fait pendant longtemps aucun acte de procédure ne fait pas présumer son désistement, le jugement de séparation de biens rétroagissant, leur saisie sera déclarée non recevable. Tout dépend des circonstances : s'il n'est pas établi que le jugement est le résultat d'un concert frauduleux entre les époux, mais qu'il résulte au contraire des faits que la situation du mari s'est aggravée depuis la demande jusqu'au jour du jugement (Grenoble, 16 décembre 1882. *Pandectes*, p. 94. 2.15), l'inaction prolongée de la femme ne pourra être considérée comme un désistement tacite.

Faillite du mari. Mise en cause des syndics.

— En cas de faillite, il est nécessaire que la femme mette en cause le syndic de la faillite, ou le liquidateur en cas de liquidation judiciaire. Ainsi l'a décidé avec raison la jurisprudence dans plusieurs arrêts récents (Tribun. civ. de Rouen, 10 février 1893, *Rec. de Rouen*, 93.1.74; trib. civil de Bayonne, 9 juillet 1889, *Gaz. du Palais*, 89.2.256).

En effet la séparation de biens intéresse principalement la fortune du failli, et quoique l'issue de l'instance ne soit guère incertaine, les créanciers ont intérêt à combattre ou à contrôler la demande de la femme qui leur ôtera les revenus de sa dot ; eux seuls d'ailleurs ont qualité pour répondre à une action en justice, relative aux biens du failli ; le mari étant dessaisi, c'est la masse qui supportera les frais ; il est donc nécessaire que la femme mette en cause le syndic pour le faire condamner aux dépens ; il n'y a que lui qui puisse acquitter cette dette, puisque tous les biens sont entre ses mains.

Mais il n'est pas moins juste de décider que la séparation de biens ne doit pas seulement être poursuivie contre le syndic seul de la faillite, mais qu'elle doit l'être aussi contre le mari. En effet, elle porte dans de certaines limites atteinte à la puissance maritale, puisqu'elle confère à la femme le droit d'administrer tous ses biens et même d'aliéner son mobilier. (C. civ. art. 1449).

Or, sous ce rapport, il devient nécessaire de mettre le failli personnellement à même de faire valoir les moyens de défense qu'il peut avoir à présenter. Il est donc indispensable, pour procéder régulièrement, d'assigner tout à la fois le mari et les syndics. Le jugement obtenu contre les syndics seuls ne pouvant être valablement opposé au mari,

et réciproquement celui rendu contradictoirement avec le mari, hors de la présence des syndics serait sans effets vis-à-vis des créanciers.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 11 décembre 1891, *Recueil de Bordeaux* 1892. 1. 5, décide même que le jugement qui a prononcé cette séparation sans que le mari ait été assigné et ait figuré dans l'instance, est radicalement nul, et peut être opposé contre la femme qui revendique la propriété des objets mobiliers saisis par les créanciers du mari. Considérons-nous aussi comme nul d'une nullité absolue le jugement rendu contre le mari sans que les syndics aient été assignés ?

Nous ne le supposons pas et nous pensons que le failli ne sera jamais recevable à se prévaloir de la nullité dont il s'agit.

Le jugement ayant été rendu contradictoirement avec lui aurait toujours à son égard l'autorité de la chose jugée, et lui serait valablement opposé après qu'un concordat l'aurait replacé à la tête de ses affaires. Cette nullité est en effet édictée dans l'intérêt des créanciers et relève des principes de l'action paulienne ; les créanciers seuls peuvent s'en prévaloir. Néanmoins la nullité résultant du défaut de présence des syndics dans l'instance ne serait plus proposable après l'expiration d'une année, à partir du jour où le jugement de séparation aurait été rendu public dans

la forme prescrite par l'article 872, C. Proc. Civ.

L'article 873 du même Code défend en effet d'une manière générale de recevoir aucune tierce opposition après ce délai, et les créanciers devraient s'imputer d'être restés dans l'inaction prolongée pendant un aussi long espace de temps.

L'intérêt des tiers qui peuvent contracter de bonne foi avec les époux exige impérieusement que la position de ceux-ci soit irrévocablement fixée à une époque déterminée, et qu'après un certain délai elle ne puisse plus être troublée par des poursuites sans cesse renaissantes.

Dans le cas où le mari n'aurait pas été mis en cause, il s'agirait alors d'une nullité radicale qui ne se prescrirait comme toutes les autres nullités absolues que par 30 ans. Bordeaux, 11 décembre 1891. *Recueil de Bordeaux*, 1892, 1. 5.

L'obligation pour la femme d'assigner le syndic du mari a fait naître des difficultés au sujet des frais de l'instance. Bornons-nous à rappeler les différentes solutions des tribunaux. Quand l'action n'est contestée ni par le mari, ni par le syndic de la faillite, tous les deux défaillants, cela n'autorise pas la femme à réclamer contre le syndic condamnation à la totalité des dépens, et à obtenir que ces dépens soient privilégiés sur l'actif de la faillite ; les dépens doivent être ainsi répartis : ceux

qui dérivent de la présence des syndics dans l'existence ou ceux que la femme a exposés contre lui restent à la charge du syndic et sont privilégiés sur l'actif de la faillite ; le surplus incombe au mari ; ce n'est qu'un accessoire de la créance venant de la liquidation des reprises, et par suite aucun privilège n'y est attaché. Ainsi l'a jugé le Tribunal civil d'Orange, 26 avril 1893. *Gazette du Palais*, 93. 2. 346.

Une autre solution consiste à partager les frais par moitié entre le mari et le syndic chacun. Trib. de Rouen, 10 février 1893. Recueil de Rouen, 93, 1, 74.

Notons un arrêt d'une cour belge, Liège, qui admet que le curateur à la faillite qui n'a pas contesté la demande de la femme ne peut être condamné aux dépens ; que par suite la femme ne peut réclamer par privilège les frais nécessités par sa mise en cause ; mais que c'est le mari qui supportera tous les frais pour lesquels la femme produira à la faillite comme créancière chirographaire.

Liège, 26 juin 1890. *Journal des Faillites*, 1892. 233.

Le tribunal de Narbonne, 9 mars 1897, Loi du 22 mars 1897, refuse aussi à la femme un privilège pour les frais qui seraient supportés par le mari et le syndic, chacun en ce qui le concerne, chacun ayant plaidé pour son compte.

SECTION 3. — *Actes conservatoires.*

La loi réserve à la femme le droit de faire des actes conservatoires pendant l'intervalle de la demande au jugement de séparation de biens.

Le législateur n'a pas voulu que la nécessité où il plaçait la femme d'attendre un mois avant de pouvoir obtenir sa séparation exposât la dot à une aggravation de péril. Il fallait donc l'autoriser à prendre des mesures de précaution pour assurer l'intégrité des droits qui lui seront ouverts par le jugement.

Elle pourra donc aussitôt qu'elle a formé sa demande, requérir immédiatement toutes les mesures conservatoires qu'elle jugera convenables, et le tribunal pourra les ordonner toutes les fois qu'il les jugera nécessaires.

Ces actes conservatoires sont d'abord l'apposition des scellés, l'inventaire, que la femme peut requérir au début de l'instance pour empêcher la disposition des effets de la communauté, actes conservatoires par excellence.

La femme peut prendre des mesures pour que les valeurs de la communauté, qui sont aux mains des tiers ne soient pas touchées par le mari pendant l'instance.

Ainsi, parmi ces mesures, se placent les saisies-

arrêts que la femme a le droit de pratiquer sur les débiteurs de la communauté pour qu'ils ne se libèrent pas en payant au mari. C'est ainsi qu'elle pourrait en particulier pratiquer des saisies-arrêts aux mains de ses propres fermiers pour qu'ils cessent de remettre au mari les fermages qu'il touchait en qualité d'administrateur des biens propres de sa femme. On ajoutera que la créance de la femme n'est pas encore exigible et qu'elle n'est pas même liquide; mais d'un côté le créancier à terme peut prendre des mesures conservatoires, et d'un autre côté, comme les effets de la séparation de biens rétroagissent au jour de la demande, il importe que la femme puisse sauvegarder les droits qui lui appartiennent.

La femme pourra aussi obtenir le dépôt à la caisse des consignations et jusqu'à la fin de l'instance des sommes dépendant de la communauté. Mais le tribunal pourrait-il sur la demande de la femme nommer un séquestre, auquel serait confié l'administration de la communauté?

La question est controversée. L'opinion la plus accréditée enseigne que l'article 1961 (1) relatif à la nomination d'un séquestre n'est pas limitatif et

1. Ainsi conçu : La justice peut ordonner le séquestre, 1° des meubles saisis sur un débiteur ; 2° d'un immeuble ou d'un meuble dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ; 3° des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

qu'un séquestre peut être nommé, bien que la propriété ou la possession d'un immeuble ou d'un meuble ne soit pas litigieuse, si les juges le croient nécessaire pour la conservation des droits des parties. Aubry et Rau, IV, § 409, note 4, Marcadé et Pont, VIII, n° 566. Or, cette nomination peut être nécessaire si l'insolvabilité du mari est certaine d'un côté et que, de l'autre, les actes qu'il a déjà faits et dont la femme rapporte la preuve établissant sa volonté de faire fraude aux droits de la femme. L'article 869 du Code de procédure civile n'apporte pas de limite au droit de la femme de provoquer des mesures conservatoires, et nous croyons qu'il n'y a pas d'exception à faire pour le séquestre lorsque sur la demande de la femme le tribunal reconnaît l'utilité de cette mesure. L'opinion adverse prétend que la mesure du séquestre ne saurait être appliquée en pareille matière. L'article 1961 est limitatif; il est impossible de ranger l'hypothèse d'une instance en séparation de biens parmi les cas qu'il prévoit spécialement. Du reste l'intérêt de la femme n'exige pas que l'on comprenne cette mesure exceptionnelle dans la catégorie des actes conservatoires, car elle est largement suppléée par celles que nous avons indiquées.

Quoi qu'il en soit, nous persistons dans la première opinion. La femme ne peut avoir trop de

garanties, lorsque le mari, pressé par ses créanciers, fera flèche de tout bois au détriment de sa femme. Toutefois nous apporterons, avec M. Guilouard une restriction à notre théorie : le séquestre ainsi nommé ne peut pas être chargé de toute la communauté, mais seulement de ceux des biens de la communauté pour lesquels les tribunaux jugent qu'il y a danger de les laisser au mari. Deux principes doivent en effet être combinés pour la solution de cette question : le premier, que le mari est toujours le chef de la communauté, après comme avant la demande en séparation, et que les tribunaux qui ne peuvent nier cette qualité, n'ont pas le droit non plus de le dépouiller de tous les attributs qu'elle comporte et de transférer à un tiers la qualité d'administrateur que la loi lui laisse ; le second que la femme demanderesse a, aux termes de l'article 869 du Code de procédure civile, le droit des provoquer des mesures conservatoires pour empêcher la dissolution de la communauté. Obligés de respecter le premier principe, les tribunaux ne peuvent nommer un administrateur général des biens de la communauté. le mari objecterait avec raison la disposition de l'article 1421 « le mari administre seul les biens de la communauté » disposition qui ne cesse de produire ses effets qu'à la dissolution de la communauté. Mais pour tous les biens de la communauté dont la conser-

vation peut être compromise par la mauvaise administration du mari pendant la durée de l'instance en séparation, créances à recouvrer, fonds de commerce à gérer, etc., les tribunaux ont le droit en vertu de l'article 869 du Code de procédure civile de nommer un administrateur, Guillouard, 3. On pourrait argumenter aussi par analogie de la nomination d'un administrateur des biens de la communauté au cours d'une instance en divorce, admise par la Cour de cassation, 26 mars 1889. D. 89. 1. 444 et par M. Massigli. *Revue critique*, 1890, p. 467 et suiv.

CHAPITRE III

MESURES DANS L'INTÉRÊT DES TIERS.

SECTION I. — *De la publicité de la demande en séparation.*

Dès que la demande a été formée par l'assignation donnée au mari, l'avoué de la femme, afin de la porter à la connaissance des tiers, doit la faire publier de la manière indiquée par les articles 866 à 869. Code de procédure civil.

Cette publicité servira à déjouer les fraudes que les époux peuvent commettre ; d'abord elle avertira les créanciers actuels du mari, de manière à leur permettre d'intervenir dans l'instance pour la sauvegarde de leurs droits ; puis elle préviendra les tiers et les empêchera de traiter avec le mari comme le chef de la communauté pendant la durée de l'instance. Cela leur indiquera que depuis la demande le mari n'a pu engager la communauté, qu'il n'aura eu d'autre qualité depuis cette époque que de faire des actes d'administration.

Ainsi le jugement de séparation de biens pourra

rétroagir au jour de la demande sans léser aucun droit. La demande sera rendue publique par voie d'affiches et par voie d'insertions dans les journaux.

L'article 866 de Code de procédure prescrit à l'avoué un délai de 3 jours pour la publicité dans l'auditoire du tribunal civil. Ce délai est d'après le texte même prescrit à peine de nullité. Cette nullité peut être opposée par le mari ou par ses créanciers. Et il a été jugé que le délai ne peut être augmenté même quand le dernier jour coïncide avec un jour férié. Tribunal civil de Muret, 11 novembre 1893.

L'article 867 prescrit pareil extrait dans l'auditoire du tribunal de commerce et dans les chambres d'avoués et de notaires. A défaut par la loi de fixer un délai pour la publicité de l'article 867, on lui assigne en général un délai de trois jours ; mais dans le silence de la loi, on ne pourrait prononcer la nullité pour l'inobservation de ce délai.

Enfin l'article 868 ajoute l'insertion de pareil extrait dans un journal du département.

L'article 869 prononce la nullité en cas d'inobservation des formalités énoncées dans les articles précédents.

De plus, afin de rendre plus efficace la publicité qu'elle organise et de donner aux tiers intéressés le temps d'être renseignés et d'intervenir s'ils le jugent à propos, la loi défend qu'aucun jugement ne soit rendu sur la demande en séparation, tant

qu'il ne se sera pas écoulé un mois, non pas du jour de la demande, mais du jour où toutes les formalités prescrites par les articles 866 à 868 ont été accomplies (art. 869 C. pr. civ.).

Il résulte de ce texte que la nullité de la demande en séparation ne peut être demandée que par le mari ou ses créanciers ; « et que, comme c'est en faveur de derniers qu'elle a été écrite, il ne dépendra pas du mari de les priver de ce bénéfice par sa renonciation expresse ou tacite.

La femme ne peut assurément pas se prévaloir de cette nullité ; l'équité, disent MM. Rodière et Pont, ne permet pas qu'elle se fasse en aucun cas un titre de la faute, peut-être calculée, de son représentant. »

SECTION 2. — *Du droit pour les créanciers d'intervenir dans l'instance en séparation de biens.*

Aux termes de l'article 1447, 2, les créanciers du mari peuvent intervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour la contester. L'article 871 du Code de Procédure complète ce texte au point de vue pratique, en autorisant les créanciers à exiger de l'avoué de la femme la communication de la demande en séparation de biens et des pièces justificatives. Le but de ce droit d'intervention est

d'empêcher que le mari et la femme ne se concertent pour faire prononcer la séparation en alléguant des faits inexacts que la femme articule et que le mari ne conteste pas.

Le mari et la femme peuvent s'entendre pour produire en justice des documents inexacts de nature à justifier en apparence les allégations de la femme. De là le droit d'intervention des créanciers du mari qui contrôleront et au besoin rectifieront devant la justice les dires des époux.

Quant aux créanciers de la femme, qui ne sont pas en même temps ceux de la communauté, ils ne peuvent pas prétendre aux droits indiqués par l'article 1449. La loi ne parle en effet que des créanciers du mari (article 1447 Code civil).

Il faut considérer ce droit des créanciers comme basé sur l'article 1167. Comme la défense du mari peut être frauduleuse et que les créanciers du mari ont le droit de faire annuler la séparation prononcée en fraude de leurs droits par application des articles 1167 et 1447, le législateur a pensé qu'il valait mieux prévenir le mal que le réparer.

Tout créancier, actuel, à terme, conditionnel ou même éventuel, peut intervenir. Le motif en est qu'il s'agit d'un acte conservatoire, et qu'aux termes de l'art. 1180 les créanciers même condi-

tionnels, peuvent prendre des mesures nécessaires à la conservation de leurs droits.

Cette intervention peut avoir lieu, à quelque point qu'en soit la procédure, et ne peut être écartée sous le prétexte que l'affaire est en état. Les créanciers deviennent dans ce cas de véritables défendeurs appelés par la loi elle-même en déclaration de jugement commun.

Les créanciers qui pourraient interjeter appel s'ils étaient intervenus en première instance, peuvent intervenir en appel et même porter appel, même s'ils ne sont pas intervenus devant les premiers juges. Bien que l'article 1447 ne parle que des créanciers du mari, il faudra aussi étendre sa disposition à l'acquéreur de l'immeuble dotal ; car il a intérêt à combattre la séparation, son effet étant de donner à la femme le droit de faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal.

SECTION 3. — *De la publicité du jugement.*

Quand les faits servant de base à la demande en séparation ont été prouvés et reconnus suffisants, le tribunal déclare les époux séparés de biens.

La loi a voulu que le jugement reçoive une grande publicité. Il faut que les tiers connaissent la nouvelle capacité de la femme, et surtout qu'ils

soient informés de l'incapacité qui va atteindre le mari, que la communauté est dissoute et que l'administration et la jouissance des revenus de la femme sont enlevés au mari pour être restitués à la femme.

De plus elle avertira les créanciers qui n'auraient pas été informés de la demande en séparation et leur permettra de demander la nullité du jugement rendu en fraude de leurs droits.

Cette publicité est prescrite et réglementée par l'article 1445 du Code civil et l'article 872 du Code de procédure civile.

Article 1445, alin. 1. — Toute séparation de biens doit, avant exécution, être rendue publique par l'affiche sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile, et ce à peine de nullité de l'exécution... »

Le Code civil établissait une distinction au point de vue la publicité, suivant que le mari n'était pas ou qu'il était commerçant. Le Code de procédure civile supprime dans l'article 872 cette distinction et soumet tous les jugements de séparation de biens à une publicité uniforme. Il n'a pas changé le Code civil ; il est venu sur ce point le compléter. C'est ce qui résulte de la fin de cet article 872 :

« Le tout, sans préjudice des dispositions portées dans l'article 1445 du Code civil ». L'article 872, en renvoyant à ce texte, renvoie évidemment aussi à la sanction qu'il contient. De là il faut décider que l'omission des formalités prescrites par l'article 872 entraînerait la nullité de l'exécution du jugement. (Cassation 17 mai 1851. D. 1852. 1. 113).

La publicité, par une insertion d'un extrait dans les journaux, est exigée par l'article 92 § 325 du Tarif civil ; mais comme elle n'est prescrite ni par l'article 1445 du Code civil, ni par l'article 872 du Code de Procédure Civile, il faut en conclure que l'omission de cette formalité, n'entraînerait pas la nullité de l'exécution.

La femme ne pourra commencer l'exécution que du jour où elle aura rempli les formalités de publicité prescrites par la loi et aux termes de l'article 1445, il y a nullité de l'exécution du jugement de séparation de biens si elle a eu lieu avant que le jugement ait été rendu public. Et de plus ces formalités, relatives à la publicité du jugement, doivent être accomplies avant l'expiration de la quinzaine qui suit sa prononciation, puisque l'article 1444 du Code Civil veut, que dans ce délai, le jugement soit exécuté ou tout au moins ait reçu un commencement d'exécution.

Un jugement de séparation de biens rendu par un tribunal étranger doit recevoir en France la pu-

blicité requise par les articles 1445 Code civil, et 872 Code de Procédure civil, à l'égard des jugements français du même ordre. Ainsi l'a arrêté la Cour de Cassation (19 décembre 1892). En effet la publicité organisée par ces articles rentre dans la catégorie des mesures prises dans l'intérêt des tiers, et, comme telle, doit recevoir son application aux jugements étrangers comme aux jugements nationaux.

Les lois sur la publicité exigée de certains actes judiciaires font partie des lois dites d'ordre public et par conséquent, il n'est pas admissible que l'un de ces actes puisse recevoir son effet dans un pays où il se trouve soumis à la publicité sans obéir aux prescriptions de la législation de ce pays.

La publicité utile aux tiers doit être nécessairement générale ; sinon elle renoncera à assurer réellement au public la sécurité qu'elle a pour objet de lui procurer.

Ce n'est que parce que nous avons considéré le jugement comme exécutoire de plein droit que se pose la question de savoir s'il est ou s'il n'est pas soumis aux formalités de publication prescrites par la loi française.

Mais on pourrait, en subordonnant cette question de publicité à l'exéquatur nécessaire, la trancher d'un mot. Si l'exéquatur est nécessaire, une

fois l'exéquatur accordé, le jugement en question devient français et comme tel soumis à la loi française.

Or, sans vouloir nous étendre sur cette question de droit international privé, nous pensons qu'un jugement de séparation de biens rendu par un tribunal étranger ne peut produire ses effets en France qu'après avoir été rendu exécutoire par un tribunal français. Nous ne rattacherons pas notre solution à la généralité des termes de l'article 546 du code de procédure civile, ainsi conçu : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers (et les actes reçus par les officiers étrangers), ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 (et 2128) du Code Civil ». Car nous admettons avec la jurisprudence (tribunal de la Seine, 4 décembre 1886. Cour d'appel Paris, 23 février 1889), que l'état et la capacité des personnes relèvent du domaine du statut personnel et sont par conséquent régis par la loi de leur nationalité ; qu'en ce qui touche l'état et la capacité des personnes les jugements rendus à l'étranger peuvent être invoqués en France sans qu'il y ait lieu de demander une décision d'exéquatur.

La jurisprudence française s'appuie ici sur l'article 3, alinéa 3, du Code civil, ainsi conçu : « Les lois concernant l'état et la capacité des per-

sonnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers. »

Nous admettrons aussi que là où il peut y avoir lieu à exécution forcée, le motif de l'exequatur existe. Si les jugements étrangers relatifs à des questions d'état, ne sont pas soumis en ce qui concerne leurs effets en France aux règles du droit commun, si la nécessité de l'exequatur est écartée en général vis-à-vis d'eux, c'est parce qu'en droit commun, il n'y a pas lieu à exécution forcée pour laquelle l'exequatur est requis. Or, les opérations de liquidation en cas de séparation de biens peuvent avoir leur exécution en France ; et l'exequatur sera donc nécessaire.

Cette solution aura son application, sans qu'il y ait à distinguer entre les jugements rendus par un tribunal étranger entre nos nationaux et ceux entre des étrangers.

SECTION 4. — *De l'exécution du jugement et de la nullité de l'article 1444.*

Il ne suffit pas, pour assurer l'effet du jugement de séparation de biens, qu'il ait été publié de la manière prescrite dans l'article 872 du Code de procédure civile ; il faut encore qu'il soit exécuté sous peine de nullité dans un délai assez court.

C'est ce que la loi décide dans l'article 1444, Code civil qui suit : « La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement et non interrompues depuis. » Cette disposition est inspirée par la préoccupation constante du législateur dans la matière de la séparation de biens : la crainte que cette mesure ne soit le résultat d'une entente frauduleuse entre les époux.

Si, après avoir obtenu un jugement de séparation de biens sous le prétexte que sa dot était en péril, la femme n'obtient pas ou du moins n'essaie pas d'obtenir de son mari le paiement de ses droits, c'est que le péril allégué par elle n'existait pas, et que les époux ont voulu faire fraude aux créanciers du mari. Aussi était-il prudent, en pareil cas, de prononcer la nullité d'une séparation de biens aussi suspecte.

L'exécution du jugement doit avoir lieu dans le délai de quinzaine. Ce délai n'a été augmenté par aucune loi postérieure.

Cela fut un instant contesté. On soutint que ce délai de quinzaine de l'article 1444, avait été étendu à une année par l'article 872. C. de Pr. Civ. qui,

après avoir prescrit des mesures de publicité, ajoute : « la femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du délai d'un an. »

A quoi bon dire en effet qu'il n'est pas nécessaire d'attendre, pour exécuter le jugement, le délai d'un an, si la femme est encore obligée de l'exécuter dans la quinzaine, comme sous l'empire du Code civil ?

Cette théorie a été rejetée et avec raison.

L'article 872 se concilie parfaitement avec l'art. 1444. ; l'exécution du jugement devra avoir lieu dans la quinzaine, mais la publicité prescrite par l'article 872 durera un an, de manière à assurer aux tiers qui traiteront avec les époux la connaissance du régime nouveau de ceux-ci.

Le délai de quinzaine dans lequel l'exécution doit commencer, court du jour de la prononciation et non de la signification du jugement. Il ne doit pas être permis à la femme d'ajourner indéfiniment les poursuites en retardant à son gré la signification. Mais dans aucun cas, le jugement ne saurait être exécuté à peine de nullité avant d'avoir reçu la publicité prescrite par la loi ; l'article 872 ne laisse place à aucun doute sur ce point. Toulouse, 9 avril 1889, *Gaz. du Midi*, 19 mai 1889.

Lorsque la séparation de biens est une suite de la séparation de corps, le retard apporté par la femme à exécuter le jugement ne saurait être une cause de nullité ; car, en pareil cas, la collusion au préjudice des tiers n'est pas présumable ; ce n'est pas l'intérêt pécuniaire qui a été le mobile de la femme dans l'action qu'elle a exercée.

L'exécution peut se réaliser de deux manières : elle est amiable ou forcée.

Exécution amiable. — Quelle que soit la défiance que le législateur ait eue pour la séparation de biens, il ne pouvait aller jusqu'à exiger l'exécution judiciaire du jugement qui la prononce. On ne pourrait raisonnablement imposer ce coûteux mode d'exécution aux parties qui sont d'accord pour se soumettre à la décision de la justice.

Mais le Code la soumet à des conditions qui en assurent la sincérité :

1° Il faut un paiement réel des droits et reprises de la femme, au moins jusqu'à concurrence des biens du mari.

2° Ce paiement doit être constaté par acte authentique. Par ce moyen on évite autant que possible toute antidate et toute exécution simulée. Si le paiement n'était constaté que par acte sous-seing privé, même enregistré, le jugement serait considéré comme non venu pour défaut d'exécution. Le texte de l'article 1444 est trop formel et

trop impératif pour le décider autrement. Bordeaux, 7 novembre 1877. S. 78.2.72.

Un paiement réel. — Il ne suffit pas que le mari reconnaisse le montant des reprises de sa femme et s'oblige à les payer ; il faut qu'il les paie réellement en deniers ou par voie de dation en paiement. Toutefois, si le paiement a commencé dans la quinzaine et a continué sans interruption depuis, les juges peuvent déclarer l'exécution valable par analogie de la finale de l'article 1444 Code Civil, (Tribunal Civil de Cahors 5 juin 1889 ; *Pandectes françaises*, 1889.2.255). Il est vrai que cette partie du texte ne s'applique qu'aux poursuites judiciaires dirigées contre le mari ; mais la raison de décider est la même ; l'exécution a été sérieuse et assez rapide pour écarter tout soupçon de fraude de la part des époux.

Dans la pratique, dans la quinzaine du jugement il est dressé par le notaire du choix des parties, un procès-verbal de comparution, et même des opérations de liquidation si cela est possible ; dans le cas contraire, il est dressé seulement avant l'expiration de la quinzaine le procès-verbal d'ouverture des opérations ; puis après que les renseignements et documents ont été recueillis, il est procédé aux opérations de liquidation. D'usage la liquidation détermine le montant des reprises et le mari paie jusqu'à concurrence de ses biens. (Rouen 30 mai

1885). Mais dans ce cas de simple ouverture de liquidation il n'y aura commencement d'exécution qu'autant que les opérations auront le caractère de continuité voulu pour les poursuites elles-mêmes.

Si les biens du mari ne sont pas liquidés, on indique que la femme se fera payer sur le prix à en provenir. Enfin si le mari ne possède aucun bien, l'on fait réserve de tous les droits de la femme pour les exercer quand et de la manière qu'il y aura lieu.

En effet, la loi n'exige pas le paiement intégral des droits et reprises de la femme ; la fortune du mari peut être insuffisante pour les acquitter ; alors il suffit, d'après l'article 1444, que le paiement soit effectué jusqu'à concurrence des biens du mari ». Il y a donc telles circonstances dont le juge est l'unique appréciateur. Il y a exécution suffisante du jugement de séparation, dans le sens de l'article 1444, toutes les fois que la partie aura fait des actes manifestant d'une manière non équivoque l'intention formelle d'exécuter le jugement obtenu ; ou bien encore lorsque l'insuffisance de l'acte sera justifiée et en quelque sorte couverte par l'impossibilité absolue de lui en substituer un autre plus complet.

Constituera une exécution suffisante l'acte par lequel le mari abandonne tous les biens qu'il possède actuellement. (Trib. civ. Seine, 26 mai 1896).

Mais si le paiement total était possible et que la femme se fût considérée comme satisfaite par un paiement partiel, la séparation de biens serait frappée de nullité ; car en agissant ainsi, la femme reconnaît que ses droits ne sont pas en péril, et que la séparation n'était pas nécessaire.

Lorsque la femme n'a aucun droit ni reprise à exercer, elle le fera constater par acte devant notaires, pour le dit acte lui tenir lieu de celui prescrit par l'article 1444 Code civil, et elle fera sommation au mari de se trouver en l'étude du notaire pour voir passer contradictoirement cette déclaration.

Dans ce cas comme dans celui où ne pouvant espérer aucun recouvrement, elle ne voudrait pas faire de frais inutile, la femme peut demander acte par le jugement de ce qu'elle renonce à prétendre aucun droit sur son mari. Ce serait dans l'état des choses un acte d'exécution suffisante de l'article 1444, dressé dans la quinzaine.

Un procès-verbal de carence suffirait aussi pour exécuter le jugement (à condition que le mari ne possède que des meubles).

Exécution forcée. — Lorsque le mari ne consent pas à exécuter amiablement le jugement, la femme doit entrer dans la voie des poursuites, dans les quinze jours qui suivent la sentence de séparation pour aboutir à un paiement réel effec-

tué jusqu'à concurrence des biens du mari et constaté par acte authentique. Si la créance de la femme n'est pas liquidée, elle doit poursuivre le mari en règlement de droits, sans interruption.

Mais quels actes constitueront ces poursuites ou tout au moins ces commencements de poursuites qui devront avoir lieu dans la quinzaine ?

La loi ne s'est point expliquée ; elle s'en remet à la sagesse des juges, à qui il appartiendra de décider quels actes constituent un commencement de poursuites suffisant.

La jurisprudence a considéré comme telles :

— 1° La signification par la femme du jugement au mari, avec commandement d'y satisfaire, ou avec sommation de se présenter chez un notaire pour procéder avec elle à la liquidation de ses reprises, ou encore une assignation à comparaître devant un tribunal à fin de règlement de liquidation.

Dans ces hypothèses la femme a commencé l'exécution soit par le commandement qui est lui-même un acte d'exécution, soit par la sommation de se présenter chez le notaire, ou par l'assignation, premiers actes pour arriver au règlement des droits de la femme ; avant de les payer, il faut d'abord les déterminer (Paris 21 novembre 93. D. 94. 2. 259).

— 2° la signification du jugement suivie : du

commandement d'avoir à payer les frais du procès liquidés provisoirement par le jugement ;

D'une tentative de saisie et d'un procès-verbal de carence 21 novembre 1893. *Pandectes français*. 2. 267. La saisie-arrêt qui peut se faire sans titre exécutoire et même sans titre sur simple permission du juge n'est point en soi un acte d'exécution ; le jugement qui la valide ne change pas sa nature ; il n'y a eu exécution que quand les effets mêmes ont été vendus ou remis au saisissant par autorité de justice.

La saisie-exécution, la saisie-immobilière seraient au contraire des actes d'exécution et par suite seraient suffisantes.

Si la femme n'a pas de dot à répéter, ni de reprises à exercer actuellement, et qu'un commandement, suivi d'un procès-verbal de carence, ait été fait au mari d'avoir à payer le montant des frais liquidés par le jugement, le vœu de l'article 1444 relatif au commencement d'exécution dans la quinzaine doit être réputé satisfait ; et dans ce cas la tentative de saisie est plus qu'un commencement d'exécution ; elle constitue l'exécution elle-même.

Des doutes se sont élevés fréquemment au sujet de la simple signification du jugement. Tantôt on a prétendu qu'elle avait seulement le caractère d'une formalité destinée à rendre le jugement défi-

nitif en faisant courir les délais d'opposition et d'appel. Tantôt on a fait valoir que l'exécution était impossible avant la signification, celle-ci étant une partie intégrante et nécessaire des poursuites. De plus on a argumenté de l'insuffisance de temps pour la faire suivre d'autres actes. Mais il faut répondre que la signification d'un jugement est un préliminaire indispensable de tout acte d'exécution, mais n'en est point un.

De plus en vain parle-t-on d'insuffisance de temps, puisque soit la sommation de se rendre devant le notaire, soit l'assignation devant le tribunal, soit le commandement de payer les frais, pourront se donner en même temps et par le même exploit que la signification.

Certes la femme devra se hâter, mais ne prouvera-t-elle pas ainsi par la célérité des poursuites que sa dot était vraiment en péril.

Pourtant peut-être faudrait-il décider que la signification suffira, lorsque la femme n'aura pu faire utilement aucun autre acte, par exemple en cas de faillite. Car alors elle est dans l'impossibilité de poursuivre elle-même l'exécution contre les biens de son mari.

Non-interruption des poursuites. — Il ne suffit pas que les poursuites soient commencées dans la quinzaine ; la loi veut qu'elles aient été continuées sans interruption. La loi n'indique aucun

délai après lequel les poursuites retardées devront être considérées comme légalement interrompues. Elles s'en est remise sur ce point à l'appréciation de juges qui, dans chaque affaire, devront décider d'après les circonstances, en s'inspirant de l'esprit de la loi qui veut punir une interruption qui aurait le caractère frauduleux.

Les opérations de liquidation commencées ont été interrompues par suite de l'insolvabilité du mari ; le motif n'existe plus ; la femme pourra reprendre ces poursuites, à moins qu'elle ait manifesté l'intention de renoncer au jugement de séparation, par exemple en souscrivant des obligations solidaires avec son mari, (Angers, 5 janvier 1877, S. 1877, 2, 320).

Le mari a formé opposition à commandement ; la femme n'est pas en faute de ne pas continuer immédiatement les poursuites. (Tribunal de Lyon 1^{er} décembre 1892, *Gazette du Palais* 1893, 1, 101. De même quand les frais de poursuite seraient assez élevés pour épuiser l'actif du mari. (Bordeaux, 1^{er} février 1845, D. 45, 4, 469).

De la nullité du jugement. — La sanction que l'article 1444 attache au défaut d'exécution dans la quinzaine ou à l'interruption des poursuites est la nullité du jugement.

Quel est le fondement de cette nullité ? Le but

de l'article 1444 a été de protéger les créanciers de la communauté et du mari antérieurs à la séparation. Car toujours la loi est dominée par la crainte des séparations frauduleuses.

Aux créanciers du mari seuls antérieurs à la séparation nous accorderons le droit d'invoquer la nullité de l'article 1444. D'autres personnes y ont-elles aussi intérêt ? Les créanciers de la femme la gardent comme débitrice. Les débiteurs du mari, de la femme et de la communauté ne sont pas dégagés, et ne sont exposés par la dissolution de la communauté qu'à changer de créanciers. Les époux peuvent avoir intérêt suivant les circonstances à invoquer la nullité de la séparation ; mais cet intérêt est de mauvais aloi. Le défaut d'exécution est imputable à la femme ; le mari a pu être complice de sa négligence.

Aussi adopterons-nous la solution suivante sur le caractère de la nullité. Il y a ici présomption légale dans le sens de l'article 1950. « La présomption légale est celle que la loi attache à certains actes ou à certains faits ; tels sont : 1° Les actes que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions d'après leur seule qualité. » La loi présume que la séparation non exécutée ou tardivement exécutée, a été obtenue en fraude des droits des créanciers du mari et de la communauté. Notre article 1444 fait une

application ou une extension de l'action paulienne avec cette particularité que la fraude du débiteur qui est une des conditions de cette action est présumée. De même que l'article 446 C. com. révoque de plein droit au profit de la masse certains des actes passés par le failli depuis le jour de la cessation de ses paiements, de même l'article 1444 C. civ. annule de plein droit, c'est-à-dire sans qu'ils aient à prouver la fraude des époux, au profit des créanciers, la séparation de biens, qui n'ayant pas été régulièrement exécutée, n'est pas réputée être sérieuse.

La seule objection que l'on puisse faire à cette conception est tirée de ce que, d'après le langage de l'article 1444, la séparation de biens est « nulle », mais l'article 446, Code commercial dit, lui aussi, « nuls et sans effets ». La loi considère l'action paulienne comme une sorte d'action en nullité accordée aux seuls créanciers. La seule différence entre cette action et les actions en nullité, c'est que la révocation prononcée sur la demande des créanciers ne rétroagit pas vis-à-vis des tiers de bonne foi, autres que les acquéreurs à titre gratuit. Or, la nullité de la séparation de biens doit opérer sans rétroactivité. La seule manière de justifier rationnellement cette solution est de rattacher l'article 1444 à l'article 1167.

La question de savoir si la nullité est relative

ou absolue, c'est-à-dire si l'action en nullité est réservée au créancier de la communauté et du mari, ou si elle est accordée à tous les intéressés, question que notre opinion a l'avantage de résoudre sans controverse, devient dans tout autre système très délicate. On admet généralement le caractère absolu de la nullité (Orléans, 10 mars 94. S. 94. 2. 144.). Tous les intéressés peuvent donc s'en prévaloir. Mais rationnellement l'action en nullité doit être réservée aux créanciers du mari et de la communauté ; car c'est un principe de notre législation que les nullités ne peuvent être invoquées que par les personnes en faveur desquelles elles ont été édictées. Mais on prétend que la loi est muette : du moment, dit-on, que l'article 1444 prescrit la nullité sans restriction, c'est que cette nullité peut être invoquée par tout intéressé.

Il ne faut pas tirer analogie des nullités en matière matrimoniale, articles 1394-1395-1396-1397. Ces textes sont relatifs à la solennité du contrat de mariage, et il est de principe que les nullités de forme aient un caractère absolu. De plus ce sont des nullités d'ordre public ; au contraire la nullité par défaut d'exécution de la séparation de biens n'est pas, dans l'opinion même de ceux qui la considèrent comme absolue, d'ordre public ; car chacun des intéressés peut y renoncer expres-

sément ou tacitement. (Besançon, 15 mars 1895. S. 95. 2. 94), solution qui est en contradiction avec les principes généraux en matière de nullité absolue, car tout intéressé peut l'invoquer pendant 30 ans, sans possibilité de ratification expresse ou tacite.

Mais c'est surtout par ses conséquences que se réfute la doctrine de la nullité absolue. Une nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé. Or, en passant en revue les diverses personnes qui peuvent avoir intérêt à invoquer la nullité, nous apercevons facilement l'impossibilité d'appliquer partout ce système.

Pour les créanciers antérieurs il n'y a pas de doute à avoir. Il serait injuste de donner le même droit aux créanciers postérieurs. Non seulement la nullité n'a pas été introduite dans leur intérêt ; mais ils ont en général connu ou dû connaître au moment où ils contractaient, la séparation de biens régulièrement publiée. Dans notre opinion, le droit est d'accord avec la raison ; car l'action paulienne ne peut être intentée contre un acte par le créancier postérieur à cet acte. Il en est de même dans le système de la nullité relative. Mais dans le système de la nullité absolue, on ne peut sans contradiction refuser aux créanciers postérieurs le droit d'attaquer la séparation non exécutée. Et cependant on n'hésite pas à leur dénier ce droit.

Une opinion (M. Rodier et Pont) enseigne pourtant que tous les créanciers du mari, quelle que soit la date de leurs créances, peuvent invoquer la nullité ; elle se fonde sur ce que le défaut d'exécution du jugement constitue à la charge de ceux à qui elle est imputable une fraude ou tout au moins une faute dont ils ne peuvent se faire une arme pour opposer le jugement à ceux qui ont contracté avec le mari après la séparation. A quoi nous objecterons :

On ne peut sans doute pas se former un titre de sa propre faute ; mais il ne peut y avoir fraude de la part des époux contre des créanciers dont le titre n'était pas né.

La nullité pour défaut d'exécution dans le délai de la loi est fondée sur une présomption de collusion frauduleuse entre les époux.

Mais on ne saurait présumer d'intention frauduleuse à l'égard de droits non existants. Après avoir combattu par l'équité la conséquence logique de leurs principes, les partisans de la négative en sont réduits à faire une brèche inexplicable au principe de la nullité absolue. Cette brèche au principe est équitable ; mais les autres conséquences du principe sont détestables.

Dans ce système de la nullité absolue, il y a des décisions, qui en accordant au mari le droit d'op-

poser la nullité à sa femme, reconnaissent de son chef le même droit aux créanciers postérieurs dont ils repoussent l'action en nullité au cas où le mari a renoncé à cette action.

Le mari peut-il demander la nullité de la séparation contre la femme ? Non, dans notre système et celui de la nullité relative ; car l'exécution n'ayant pas été imposée dans son intérêt, le défaut d'exécution ne peut être vis-à-vis de lui entaché de fraude.

Dans le système de la nullité absolue on ne peut échapper à la solution contraire et un grand nombre d'arrêts l'ont acceptée : Tribunal supérieur de Cologne, 12 juillet 1878 ; Grenoble, 7 juin 1886. Tribunal de la Seine, 22 novembre 1894. Droit 22 mars 1895.

Ceux qui permettent au mari d'invoquer la nullité ne se basent pas seulement sur le caractère absolu de cette nullité ; ils essayent de s'appuyer sur des considérations de principe. « La femme disent-ils, est censée avoir renoncé à la séparation de biens. Le mari qui a le droit de combattre la demande en séparation de biens, doit avoir celui d'invoquer la nullité de la séparation ; il ne fait que continuer sa défense ». Mais c'est précisément parce que le mari a pu combattre la demande en séparation qu'il est injuste de l'autoriser à méconnaître une séparation régulièrement obtenue

contre lui. La femme, dit-on encore, ne peut laisser son mari dans l'incertitude sur le point de savoir si elle entend profiter de la séparation de biens. Cet argument suppose que la femme a le droit d'opposer la nullité au mari et constitue par suite une pétition de principe.

La nullité peut-elle être invoquée par la femme contre le mari ? Ici encore pour les mêmes raisons, la négative doit être admise par tous ceux qui rejettent le système de la nullité absolue.

Mais l'affirmative s'impose aux partisans de cette opinion et elle est adoptée par la plupart d'entre eux. Cependant il n'est guère admissible qu'une femme puisse se prévaloir d'une nullité, qui provient en général de son fait, de sa négligence, de sa faute, puisqu'elle seule pouvait prendre des mesures pour l'éviter.

Sur le point de savoir si cette nullité peut être invoquée par les époux contre les tiers il règne une grande divergence. Les uns accordent ce droit aux deux époux ; d'autres l'accordent au mari, mais le refusent à la femme ; enfin le plus grand nombre des partisans de la nullité absolue sont d'accord pour repousser cette solution. C'est qu'en effet elle est d'une injustice évidente, car il est inadmissible que les époux tirent parti contre les tiers de l'omission d'une formalité que seuls ils avaient le droit d'accomplir.

La nullité peut-elle être invoquée par un débiteur du mari ou de la communauté pour refuser de payer sa dette à la femme, qui a, en paiement de ses reprises, obtenu la cession de cette dette. La question ne se pose que si la nullité de la séparation doit avoir pour effet d'annuler également la délégation. N'est-il pas étrange de permettre à un débiteur d'invoquer la nullité d'un acte qui a pour effet, non pas de le dégager, mais seulement de lui donner un autre créancier.

Est-il équitable que le débiteur puisse, sans aucun avantage pour lui, faire annuler une séparation de biens contre laquelle personne ne réclame et qui ne porte préjudice à personne ?

L'action paulienne ne se prescrivant que par 30 ans, nous appliquerons la même solution à l'action fondée sur l'article 1444. Les partisans de la nullité absolue donnent la même solution. Ceux de la nullité relative appliquent la prescription de 10 ans. Il est certain que d'une part, l'article 873, du Code de procédure n'est plus applicable ici aux créanciers du mari qui ne sont pas tenus de l'exercer dans l'année, et il est non moins certain qu'elle n'est pas davantage limitée au délai de 10 ans, par application de l'article 1304 Code civil, puisque cet article n'est relatif qu'aux demandes en rescision ou en nullité des conventions et que sa disposition limitative ne doit pas être étendue.

La nullité une fois prononcée par un jugement, produira ses effets vis-à-vis de tout le monde. Cette solution qui déroge à la relativité de la chose jugée provient de ce que les époux doivent être nécessairement soumis vis-à-vis de tout le monde à un régime matrimonial uniforme ; ils ne peuvent matériellement être communs et séparés de biens ; c'est-à-dire avoir des patrimoines réunis et séparés.

Cependant un arrêt de la Cour de Paris du 24 décembre 1896, décide que les obligations et les droits de la femme séparée de biens sont divisibles, et que le jugement de séparation de biens peut s'exécuter divisément à l'encontre des différentes parties intéressées.

Par suite, le jugement qui a prononcé la nullité de la séparation de biens à la requête de certains créanciers de la femme, n'a l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard de ces créanciers.

Nous n'adoptons pas cette solution et nous considérons le jugement comme rendu *ergo omnes*. Tous pourraient s'en prévaloir qu'ils aient ou non été parties au procès en nullité. Car l'ancien état de choses est rétabli, et le contrat de mariage est désormais la loi des époux et des tiers.

Il y aura nullité vis-à-vis de tous du jugement de séparation de biens et des procédures qui l'ont précédé et suivi. Celles qui l'ont précédé ne peuvent

servir de base à un nouveau jugement. Les époux se retrouvent sous l'empire du régime qui gouvernait leurs intérêts avant la séparation. Mais la nullité produira-t-elle un effet rétroactif au jour du jugement et détruira-t-elle les actes antérieurement passés? Il paraît difficile, même après que la nullité a été prononcée, de faire tomber les actes passés par la femme avec les tiers de bonne foi. La solution contraire jetterait le trouble dans les transactions, puisque les tiers, avant de contracter avec la femme, seraient forcés de s'assurer que la séparation a été régulièrement exécutée. La validité de ces actes, dans notre opinion, dérive des principes même de l'action paulienne. Le bénéfice doit en être refusé quant aux donataires de la femme. Mais, si l'on admet que la séparation est frappée d'une véritable nullité, nous ne voyons comment on pourrait refuser à cette nullité, son effet rétroactif ordinaire. Quant aux actes passés comme suite de la séparation entre les époux, et notamment la liquidation et le paiement des reprises de la femme ils perdent tout leur effet puisqu'ils sont une conséquence immédiate et obligatoire de la séparation de biens et supposent que la communauté était dissoute.

Notamment l'article 1595 du Code n'autorisant la cession de biens entre époux, pour paiement des reprises de la femme qu'en cas de séparation de

biens, les valeurs délivrées à ce titre à la femme restent en communauté. On peut se demander cependant s'il ne peut y avoir lieu de maintenir ce paiement par application de l'article 1595, 2^e, qui autorise, même en dehors de la séparation de biens, la cession par le mari à la femme pour « une cause légitime, telle que le emploi ».

Une décision contraire a été rendue par le tribunal civil de Toulouse (9 avril 1889. *Gazette du Midi*, 19 mars 1889).

Il s'agissait dans l'espèce d'une cession-transport faite à la femme avec l'intention d'appliquer exclusivement l'art. 1595. Le tribunal ne vit ici qu'une question de fait à trancher. Les époux avaient-ils fait une dation en paiement en exécution de la séparation de biens, elle était subordonnée à son sort et par suite ils ne pouvaient se prévaloir de cette rencontre que conformément à l'article 1595 2^e C. Civ. elle constituait une dation en paiement pour paraphernaux exigibles, sans qu'il y ait lieu davantage de tenir compte pour sa validité de l'acceptation que le débiteur cédé en aurait consenti.

Peut-on renoncer à invoquer la nullité de la séparation de biens résultant du défaut d'exécution dans le délai imparti par la loi. Les partisans de la nullité relative l'admettent et disent que ceux qui peuvent avoir qualité pour la proposer ont le

droit d'y renoncer. Tribunal de la Seine, 22 novembre 1894. Droit, 22 mars 1895.

Et ils font résulter la renonciation à l'égard du mari de ce que, pendant plusieurs années il a donné lui-même à sa femme dans des actes authentiques dressés en sa présence la qualité de femme séparée de biens, et l'a autorisée à traiter en cette qualité par lui déclarée et reconnue.

Les partisans de la nullité absolue admettent aussi cette renonciation expresse, et cependant, d'après les principes, la nullité absolue est celle que peut invoquer tout intéressé pendant 30 années sans possibilité de ratification expresse ou tacite.

Pour nous, nous admettrons que les créanciers antérieurs à la séparation, à qui seuls nous accordons l'action peuvent seuls aussi renoncer expressément, ou tacitement à l'exercice de leur action.

Ce que nous venons de dire pour le défaut d'exécution dans la quinzaine ou l'interruption des poursuites s'appliquera aussi à la nullité pour défaut de publicité du jugement dans le délai prescrit.

SECTION 5. — *Du droit pour les créanciers du mari d'attaquer le jugement de séparation rendu en fraude de leurs droits.*

Quand le jugement est rendu, qu'il est passé en force de chose jugée, et alors même que la sépa-

ration a été prononcée et exécutée dans les formes prescrites par la loi, les créanciers du mari peuvent encore l'attaquer, mais seulement s'il a été rendu en fraude de leurs droits et en prouvant cette fraude. « Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits », article 1447 Code civil. Ils agissent en vertu de l'article 1167, en leur nom personnel à la double condition, d'abord qu'ils éprouvent un préjudice ; puis, qu'il y ait eu de la part des époux intention de leur nuire. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle décidé que les juges de fait ne pouvaient se borner à dire sur la tierce opposition des créanciers du mari que la femme ne fournissait aucune preuve du désordre des affaires du mari, cette absence de preuve n'impliquant pas nécessairement l'existence d'une fraude. Cass. 2. février 1870. S. 70. 1. 191. De même le fait que le jugement de séparation de biens a été rendu par un tribunal incompetent ne peut suffire pour le faire annuler ; car ce jugement ne peut causer aucun préjudice aux créanciers du mari et dans tous les cas, de ce que la femme a saisi un tribunal incompetent, de ce que le mari accepte le tribunal, il ne s'ensuit pas que les époux aient voulu faire fraude aux créanciers du mari. Cassation, 14 mai 1879. Sirey, 79. 1. 293.

Il faut donc que les tribunaux, saisis de la tierce opposition, constatent d'une façon précise non seulement le préjudice que le jugement de séparation de biens fait éprouver aux créanciers, mais aussi l'intention frauduleuse des époux.

Le délai pour former tierce-opposition est ordinairement de 30 ans. Mais l'article 873 du Code de procédure civile a réduit ce délai à un an lorsque toutes les formalités de l'article 872 ont été remplies.

On comprend facilement pourquoi la loi a diminué considérablement le délai de tierce opposition, quand le jugement a reçu toute la publicité prescrite par l'article 872. La publicité exceptionnelle que le jugement a reçue a dû porter l'existence de la séparation à la connaissance des créanciers du mari. S'ils ne se sont pas hâtés de l'attaquer dans le délai d'un an, on doit considérer leur silence comme une approbation ; on ne comprendrait pas en effet leur inaction en présence d'un jugement qui leur préjudicierait et qu'ils sont présumés connaître.

Cette diminution du délai ordinaire de la tierce-opposition en faveur des époux qui ont rempli les prescriptions de la loi, se justifie encore par la nécessité de soustraire à l'incertitude résultant du péril d'une demande en révocation toujours immi-

nente, la position nouvelle faite aux époux par le jugement de séparation de biens.

Si les formalités prescrites par la loi, ou quelques-unes d'entre elles n'ont pas été observées, les créanciers du mari ne se trouveraient plus limités par le délai d'un an pour agir par la voie de la tierce opposition; ils auraient alors trente ans, suivant le droit commun. Ils auraient alors dans cette hypothèse la voie de l'action en nullité de l'article 1447.

L'article 879 Code de procédure civile, ne restreint à un an le délai de la tierce-opposition que pour le cas où le recours est dirigé contre le jugement de séparation de biens; or cet article établit une dérogation au droit commun et pour cette raison il doit être interprété restrictivement. En conséquence nous ne devons renfermer dans les limites d'une année que le recours contre le jugement qui prononce la séparation de biens, et si, en exécution de ce jugement, un deuxième jugement liquide les reprises de la femme, ou homologue l'acte particulier de liquidation, nous admettrons que les créanciers pourront, suivant le droit commun exercer leurs recours contre ce jugement, par la voie de la tierce-opposition pendant trente ans.

Pour la même raison, nous déciderons que si le même jugement prononce la séparation de biens et liquide les reprises de la femme, les créanciers

n'auront qu'une année pour attaquer le chef du jugement relatif à la séparation ; mais ils auront le délai de droit commun pour se pourvoir contre le chef relatif à la liquidation.

En effet la demande en séparation de biens et la liquidation qui en est la conséquence sont complètement distinctes et d'un intérêt bien inégal, qu'elles soient jugées successivement ou simultanément. La demande en séparation modifie l'état des époux quant aux biens et le législateur a voulu que le sort d'une pareille demande ne fût pas longtemps dans l'incertitude ; de là l'article 879 du Code de Procédure. Mais cette raison est inapplicable à la liquidation des reprises. Quel que soit en effet le chiffre des reprises, que les créanciers fassent ou non modifier la liquidation fixée par le tribunal, la séparation de biens ne sera pas révoquée, l'état des époux reste le même et les tiers peuvent traiter sûrement avec chacun d'eux.

Lorsque le jugement de séparation de biens est annulé, à la demande d'un créancier, est-il nul à l'égard des époux ou seulement à l'égard du créancier qui a fait prononcer la nullité. La question est discutable. D'après l'article 1351 la chose jugée n'a d'effet qu'entre les personnes qui ont été parties au procès. Malgré la jurisprudence contraire de la cour de Cassation qui a décidé dans

un arrêt du 10 mai 1875 (Sirey, 75, 1, 292) que les droits et obligations de la femme séparée sont divisibles, notre conclusion sera celle que nous avons déjà émise à l'égard de l'effet de la nullité de l'article 1444. La nullité une fois prononcée produira ses effets vis-à-vis de tout le monde. La situation de la femme doit être une ; et les époux doivent être nécessairement soumis vis-à-vis de tous à un régime matrimonial uniforme.

CHAPITRE IV

SECTION I. — *De la rétroactivité du jugement de séparation de biens.*

Aux termes de l'article 1445, 2. « Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ». La séparation existe donc avec tous ses effets à partir du jour où la femme a introduit sa demande en justice.

L'article 1445 consacre ici une exception au droit commun. Car, si les jugements déclaratifs de droits produisent effet au jour de la demande, il en est autrement des jugements qui constatent un droit nouveau, des jugements attributifs de droits.

Cet état n'existe qu'à partir du jugement qui le crée, tandis que si le jugement se borne à reconnaître et à déclarer un droit antérieur, il est juste que cette reconnaissance ait effet du jour de la demande. C'est le seul moyen d'assurer à la femme la protection qu'elle cherche dans la séparation de biens. Il faut empêcher que dans l'intervalle qui

s'écoule de la demande au jugement, la ruine de la femme ne soit pas consommée par le mari.

La rétroactivité se produit tant à l'égard du mari que des tiers ; car l'article 1445 ne distingue pas. Cela ne présente pas d'inconvénients pour les tiers, qui sont prévenus de l'instance en séparation par la publicité que la femme doit donner à sa demande.

Sans cette rétroactivité à l'égard des tiers, il aurait souvent dépendu du mari de rendre absolument inefficace ou illusoire le remède de la séparation de biens.

De la rétroactivité du jugement de séparation de biens résultent les conséquences suivantes :

Les valeurs mobilières échues à l'un des époux depuis telle époque ne tombent pas en communauté ; elles demeurent propres à cet époux.

Cette communauté cesse d'être accrue par les acquisitions mobilières de l'un ou de l'autre époux ; elle devra être liquidée dans l'état où elle était lors de la demande.

Les actes de disposition des biens de la communauté que le mari aura pu faire pendant l'instance seront nuls à l'égard de la femme et ne pourront lui être opposés ; car la femme a un droit acquis, quoique éventuel, à tout ce qui composait la communauté au jour de la demande, et le mari

ne peut aliéner les biens communs, meubles ou immeubles, au mépris de ce droit.

Les engagements contractés par le mari au cours de l'instance ne lieraient pas la femme ; ces dettes ne pourraient lui être opposées, et la communauté ne pourrait être tenue, au regard de la femme, des dettes contractées par le mari depuis la demande en séparation de biens que dans la mesure de l'enrichissement qui pourrait lui être procurée. C'est l'application de la règle d'équité qui veut que nul ne puisse s'enrichir aux dépens d'autrui.

Par suite de la rétroactivité ne devons-nous pas aussi considérer comme valables les engagements contractés sans autorisation par la femme dans la limite où la femme séparée peut s'obliger. Nous ne le croyons pas. La rétroactivité de la séparation de biens a été introduite contre le mari dans le but d'empêcher des actes compromettant les intérêts de la femme et non pour augmenter sa capacité.

La femme ne peut s'obliger seule qu'à raison de l'administration de ses biens ; et comme elle ne reprend cette administration qu'après le jugement de séparation de biens, elle n'a pu s'obliger valablement auparavant.

Aussi les obligations contractées par la femme seule pendant la durée de l'instance, non seule-

ment n'obligent pas la communauté, mais ne sont pas obligatoires pour la femme elle-même.

Les actes d'administration faits par le mari, qu'ils concernent les biens communs ou même les personnels de la femme sont efficaces à l'égard de celle-ci.

Voici comment cette solution se justifie :

Il est nécessaire que, pendant la durée de l'instance, les biens ne restent pas à l'abandon et soient administrés par quelqu'un ; ils ne peuvent l'être par la femme, puisque le sort de sa demande en séparation est encore incertain. On est forcé de laisser au mari ses pouvoirs d'administrateur. (*Contra*, tribunal civil de la Seine, 21 mai 1887.) Toutefois la femme pourrait faire annuler les actes d'administration faits frauduleusement, c'est-à-dire avec intention de lui nuire pour le temps où la séparation de biens sera prononcée. Ce n'est en effet que par nécessité et dans l'intérêt même de la femme, qu'on laisse au mari les pouvoirs d'administration ; du moment qu'il use de ses pouvoirs contre l'intérêt de la femme, la raison de la rétroactivité protectrice de cette dernière, reparaît avec toute sa force. Ainsi la femme, qui prouvera cette intention nocive obtiendra-t-elle la révocation de l'acte. D'ailleurs la femme, pourrait prendre pendant l'instance les mesures nécessaires, pour garantir ses intérêts. Cela résulte de l'article 859,

C. Proc. Civ. qui permet à la femme de prendre pendant l'instance des mesures conservatrices.

Mais devons-nous dire que ces actes doivent être annulés par cela seul que la femme prouve qu'ils lui sont préjudiciables. Une opinion le soutient et prétend que le préjudice suffit sans la fraude, et sans que les tiers soient complices de la fraude. Cela résulte, dit-on, de l'essence même de la séparation de biens. La loi permet à la femme de la demander sans même exiger qu'elle prouve la mauvaise gestion du mari dès que l'état des affaires du mari compromet sa dot et ses reprises. Il suffit donc qu'il y ait péril pour que la femme ait le bénéfice de la rétroactivité. La loi ne sacrifie pas ainsi l'intérêt des tiers. Elle y a pensé disent-ils, en prescrivant la publicité de la demande; c'est à eux de voir s'ils peuvent traiter en toute sécurité avec le mari. Mais cette théorie admise pour les actes de dispositions ne doit pas l'être pour les actes d'administration. Il est bien difficile pour les tiers de juger si le mari agit en bon administrateur ou en mauvais. Aussi refuseront-ils la plupart du temps de traiter avec lui, et l'administration deviendra impossible. Il vaut mieux exiger la fraude. La femme ne pourra donc faire annuler que les actes d'administration faits frauduleusement dans l'intention de lui nuire pour le temps où la séparation de biens sera prononcée.

Cette nullité est dans son intérêt exclusif ; c'est donc une nullité relative dont elle pourrait seule se prévaloir.

En vertu du jugement de séparation, la femme a droit aux reprises que l'article 1471 accorde à la femme commune. Ces prélèvements et reprises sont une opération préliminaire au partage ; peut-elle les faire pendant l'instance ? — Mais quel est donc le but de la loi en établissant la rétroactivité ? Elle veut garantir les intérêts de la femme ; pour cela il suffit que le mari ne puisse plus disposer de la communauté et que la femme ait la faculté de faire des actes conservatoires. Ces paiements seraient frappés de nullité. Le mari, en payant paierait ce qu'il ne doit pas ; à la rigueur, il pourrait répéter ; mais ces paiements ne sont valables que jusqu'à concurrence de ce dont la femme a profité.

Il en serait de même des cessions de biens faites à la femme en paiement de ses droits. Aux termes de l'article 1595, ces cessions sont permises quand il y a séparation judiciaire, quoiqu'en règle générale la vente soit prohibée entre époux.

La cession pouvant se faire après la séparation de biens, faut-il conclure de la rétroactivité du jugement que la cession peut se faire pendant l'instance ?

La cession, qui est une dation en paiement suppose qu'il y a lieu de payer les droits de la femme.

Mais il n'est pas encore temps pour elle de les faire valoir, la loi a voulu conserver à la femme les droits qui peuvent lui échoir pendant l'existence, mais n'a pas entendu autoriser l'exécution prématurée et volontaire de la demande en séparation.

La loi prohibe les séparations volontaires ; elle ne peut donc permettre d'exécuter par la convention des époux une séparation qui n'existe pas encore ; ce serait ouvrir la voie aux fraudes et collusions que le législateur a voulu prévenir, (2 juillet 1879. D. 79. 1. 464).

La solution serait la même pour les paiements que la femme aurait reçus de dettes à elle propres pendant la durée de l'instance ; ces paiements ne seraient pas libératoires pour les tiers qui les auraient effectués, sauf dans la mesure de l'enrichissement de la femme, puisque celle-ci n'a pas qualité pour administrer pendant l'instance.

Les saisies ou les saisies-arrêts pratiquées par les créanciers du mari sur les revenus de la dot depuis l'introduction de la demande tombent par l'effet du jugement.

La femme a droit en effet, du jour de la demande, à la restitution des fruits et revenus de ses biens propres que le mari aurait perçus ou touchés pendant l'instance et aux intérêts de la dot mobilière dont elle se serait réservée la reprise.

Puisque la femme obtient la restitution des fruits

de ses biens propres, elle doit contribuer aux charges du ménage depuis le jour de la demande comme elle y contribuera à partir du jugement de séparation, conformément à l'article 1448. (Toulouse, 30 décembre 1891, D. 62. 2. 95).

Peut-on compenser les intérêts ou les revenus de la dot avec la part contributive de la femme aux charges du ménage. Cette compensation doit être rejetée ; car elle ne repose ni sur les principes du droit, ni sur l'équité. En droit, par l'effet rétroactif du jugement de séparation, la femme a droit aux revenus de ses propres, sous la seule déduction de sa part contributive dans les charges du ménage.

Les intérêts de la dot et des reprises de la femme sont dûs de plein droit par le mari depuis la demande et non du jour du jugement prononçant la séparation. Cette solution a été longtemps combattue, mais elle est maintenant admise par les auteurs et la jurisprudence.

La femme a droit à partir de la demande en séparation, à la restitution des fruits et revenus de ses biens propres ainsi qu'aux intérêts de la part de communauté, ou de la dot mobilière dont elle s'est réservée la reprise.

Il serait en effet fort rigoureux de décider que la femme perd les intérêts de sa dot qui peuvent être beaucoup supérieures aux frais de son entretien et à ceux de sa contribution ; car, elle ne doit

pas souffrir des lenteurs de la justice. La loi fait remonter les effets de la séparation au jour de la demande afin d'empêcher que dans l'intervalle de la demande au jugement, le mari ne pût achever de compromettre la dot de la femme. Il serait dangereux et contraire au but que la loi s'est proposé, de laisser au mari la disposition des intérêts pendant cet intervalle qui peut se prolonger suivant les circonstances.

Cette solution peut aussi se justifier en droit. Elle résulte de la combinaison des articles 1473, et 1445. Aux termes de l'article 1473, les récompenses ou indemnités dues aux époux par la communauté emportent intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. Et il résulte de l'article 1445 que la communauté en cas de séparation de biens doit être considérée comme s'étant dissoute au jour de la demande. C'est de ce jour par conséquent que la femme a droit aux intérêts de ses reprises et le mari lui en doit tenir compte pour tout le temps qui s'est écoulé entre la demande et le moment où il se libère vis-à-vis d'elle.

On a objecté que les intérêts étaient la peine du retard d'après l'article 1153; et ici en effet le mari n'est pas en retard; car il ne peut payer sa femme avant le jugement qui sanctionne sa demande en séparation.

Les intérêts ne sont donc pas ici la peine du retard, mais une conséquence de ce principe que la séparation existe du jour de la demande. Une fois la séparation produite, les intérêts ne peuvent plus appartenir au mari.

Cette solution admise lorsque la séparation intervient entre époux mariés sous le régime de communauté, doit-elle être étendue au régime dotal de telle sorte que sous ce régime il y aurait aussi dérogation au droit commun de l'article 1453 ? Il faut l'admettre.

Il ne faut pas faire intervenir l'article 1570. Ce texte vise uniquement la dissolution du mariage par la mort de l'un ou de l'autre des époux, il ne saurait être question de l'appliquer à la séparation de biens. Au contraire on peut fort bien concevoir l'application au régime dotal de l'article 1473 qui ne se préoccupe nullement de savoir qu'elle a été la cause ayant mis fin au régime matrimonial et dont la formule compréhensive embrasse la séparation de biens au même titre que la dissolution du mariage.

Ne pourrait pas faire à cette extension au régime dotal, une objection et dire : il s'agit de créances que la femme a directement contre son mari ; il ne faut donc pas s'en référer à l'article 1473 qui vise les récompenses dues par la communauté à l'un des époux, mais à l'article 1479,

qui s'occupe des récompenses dûes par un des époux à l'autre, et qui décide qu'elles ne portent intérêt que du jour de la demande en justice. Ce raisonnement n'a qu'une vérité apparente. Nous ne nous occupons pas des créances de la femme à raison de sa dot; nous envisageons la femme comme exerçant la reprise de sa dot elle-même, de son apport. A ce point de vue, si c'est le mari qui est débiteur de la femme sous le régime dotal, c'est la communauté sous le régime du droit commun qui est débitrice. On peut dire en d'autres termes que, sous le régime dotal le mari est substitué à la communauté pour ce qui est relatif à la reprise de l'apport dotal, de telle sorte que le texte à appliquer est bien l'article 1473 et non l'article 1479, qui a en vue des créances particulières et extra dotales.

En fait, du moment où il est tenu compte au mari, de la part contributoire de la femme, telle qu'elle est fixée par le tribunal, il n'y a aucun motif pour lui donner au-delà de ce chiffre et pour enlever à la femme les ressources qui doivent lui rester propres.

L'effet rétroactif doit-il être admis quand la séparation de biens résulte d'un jugement prononçant la séparation de corps? La jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens qu'il faut établir une distinction : — entre les époux seulement le juge-

ment rétroagit au jour de la demande ; les tiers au contraire ne sont pas atteints par l'effet rétroactif.

La raison pour laquelle on n'admet pas la rétroactivité vis-à-vis des tiers est que la demande en séparation n'étant pas publiée, ceux-ci ignorent la modification qu'on prétend apporter au régime matrimonial ; or, cette raison ne vaut plus quand il s'agit de rapports entre les époux. (Trib. civ. Corbeil, 15 juin 1892. Loi 12 juillet 1892. Trib. civ. Gien, 12 avril 1892. *Gaz. Pal.* 92. 2).

SECTION II. — *De l'acceptation ou de la renonciation de la femme à la communauté et de la restitution de la dot.*

L'effet principal, celui d'où découlent tous les autres, c'est la séparation du patrimoine de la femme de celui du mari, et dans ce but, sous le régime de communauté, la dissolution de cette communauté, comme l'indique l'art. 1441.

La communauté étant dissoute, le droit de l'accepter ou d'y renoncer s'ouvre au profit de la femme. Le cas le plus fréquent est celui de la renonciation ; mais la femme aura parfois intérêt à accepter. Et il n'y aurait pas contradiction entre la prétention de la femme qui demande la séparation et son acceptation de la communauté. La

demande en séparation est une mesure préventive basée sur le péril qu'il y aurait à laisser plus longtemps aux mains du mari les biens apportés par la femme. Si la femme a été prévoyante, elle n'aura pas attendu jusqu'à sa ruine totale, et ce qu'elle aura sauvé par sa demande et le jugement qui l'a suivie, elle y aura droit par son acceptation.

Cette façon de voir est bien dans l'esprit de la loi ; c'est ce qui résulte des articles 1441 et 1463 C. C. et 174. C. de procédure civile.

Par analogie de ce que l'article 1463 édicte en matière de divorce ou de séparation de corps, il faut admettre la présomption que la femme séparée de biens, qui n'a pas accepté la communauté dans les trois mois et les quarante jours, y a renoncé. La communauté est ordinairement mauvaise ; car c'est un commencement de ruine qui a déterminé la femme à faire sa demande ; il est donc naturel de penser que son silence équivalait à une renonciation.

La femme peut déclarer qu'elle accepte la communauté, soit par un acte au greffe, soit par un exploit signifié à son mari, soit dans le procès-verbal d'ouverture des opérations de liquidation. Son acceptation peut aussi résulter d'une déclaration faite pendant l'instance. Il suffirait même que la femme ait conclu soit par sa demande, soit par d'autres conclusions, à la liquidation et au partage

de la communauté existante entre elle et son mari, pour qu'elle soit réputée par cela même accepter la communauté ? Par l'effet de la rétroactivité du jugement, la femme peut accepter la communauté ou y renoncer dès que l'instance en séparation est commencée.

La Cour de Cassation a jugé que l'obligation pour la femme séparée qui veut renoncer à la communauté, de faire la déclaration au greffe du tribunal, n'est du reste établie que dans l'intérêt des tiers ; en conséquence les tiers seuls pourraient se prévaloir de ce que la renonciation aurait été faite dans une autre forme et non la femme et ses héritiers. A l'égard de ceux-ci, toute convention d'où peut résulter une renonciation, les rend non recevables à demander ultérieurement le partage de la communauté. (Cass. 6 nov. 1827).

Lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal il y aura lieu, après la séparation de biens à la restitution immédiate de la dot, sans qu'il y ait à distinguer avec les articles 1564 et 1565, si la femme se présente comme propriétaire ou comme créancière.

C'est surtout en tant que créancière, que la femme doit pouvoir agir le plutôt possible. Aussi n'y a-t-il pas lieu de faire application à la séparation de biens de l'article 1565 aux termes duquel le mari jouit du délai d'un an pour la restitution de

la dot consistant en une somme d'argent ou en meubles mis à prix par le contrat de mariage sous déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire. Il y a lieu de remarquer que l'article 1565 ne vise que le cas de dissolution du mariage ; que c'est un texte exceptionnel ; par conséquent on ne saurait l'étendre à une hypothèse qu'il n'a pas expressément prévue ; il faut en revenir au principe d'après lequel le débiteur doit s'acquitter immédiatement, quand un terme ne lui a pas été accordé ni par la loi, ni par la convention. On dit, il est vrai, qu'il y a terme conventionnel tacite car « les raisons dont s'inspire l'article 1565 ont un caractère général, qui peut faire supposer que dans la pensée des parties, la restitution immédiate ne pourrait être exigée, quelle que soit la cause qui rendrait nécessaire cette restitution ». Mais l'hypothèse de séparation n'entre jamais dans les prévisions des parties au moment où elles rédigent leurs conventions matrimoniales ; et si elle se présentait à l'esprit de la femme ou de ceux qui l'assistent pour la passation du contrat de mariage, il est plus que vraisemblable que la restitution immédiate serait formellement stipulée pour le cas où la séparation de biens viendrait à se produire. Et à supposer qu'on interprêtât largement l'article 1565, il faudrait toujours en écarter l'application au cas de séparation de biens ; car

d'après l'article 1188 un débiteur ne peut jouir du bénéfice du terme lorsqu'il est insolvable, et nous savons que l'insolvabilité actuelle ou tout au moins imminente du mari, est pour ainsi dire la seule cause de séparation de biens.

SECTION 3. — *Comment seront supportées les charges du mariage.*

La séparation de biens ne porte aucune atteinte aux principes de l'association conjugale, et puisque le mariage subsiste, il serait contraire à l'équité que chacun des époux ne payât pas sa part des charges. Aussi, bien que la femme obtienne la libre disposition de ses revenus, devra-t-elle d'après l'article 1448, supporter une charge qui grèvera ses revenus, celle de contribuer proportionnellement à ses facultés et à celle de son mari, aux dépenses du ménage et aux frais d'éducation des enfants communs, et même de les supporter entièrement s'il ne reste rien au mari.

L'article 1448 n'est que l'application des principes posés dans les articles 203 et 212; les époux se doivent mutuellement secours; ils doivent nourrir, élever leurs enfants; et comme la séparation est l'indice de la ruine totale ou partielle du

mari, il est nécessaire que la femme subviene ou tout au moins contribue aux charges du ménage.

Lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, la femme doit contribuer aux charges du ménage, si le contrat de mariage est muet sur l'étendue de sa contribution, à concurrence du tiers de ses revenus. Il en sera de même sous le régime dotal si tous les biens de la femme sont paraphernaux. Cette disposition des articles 1537 et 1575 est inapplicable à la femme séparée judiciairement. La loi n'établit pas de forfait ; et veut que chacun selon ses moyens, contribue aux charges du ménage. Si l'on peut prévoir quelque difficulté ultérieure entre les époux pour la fixation de leur part contributive, il convient que le jugement même de séparation de biens fasse la fixation. Seulement le jugement sur ce point ne peut être que provisoire ; les décisions rendues en cette matière sont toujours variables comme celles rendues en matière de pensions alimentaires, et le chiffre de la contribution pourra être augmenté ou diminué d'après l'augmentation ou la diminution, soit de sa propre fortune, soit de celle du mari.

La femme séparée de biens est obligée d'acquitter en entier les frais si son mari est insolvable et tant qu'il sera dans l'impossibilité d'y contri-

buer. Dans ce cas elle sera obligée d'acquitter en entier même les dettes antérieures à la séparation suivant une distinction. S'agit-il des frais d'éducation des enfants ? Cette obligation d'éducation pèse sur les deux époux ; donc si un seul a de la fortune il est tenu de cette dette (Bordeaux, 19 janvier 1888). S'agit-il des dépenses du ménage ? Elles constituent non plus comme la première obligation, une dette personnelle des époux, en même temps qu'une charge de communauté ; mais une dette ordinaire de communauté, et la femme qui renonce à la communauté dans le cas d'insolvabilité du mari, doit en être déchargée.

La femme séparée est tenue vis-à-vis de son mari, de contribuer au paiement ou d'effectuer à elle seule le paiement des dépenses du ménage ou de l'éducation des enfants ; mais en est-elle tenue vis-à-vis des tiers ? du marchand qui a fourni les aliments, ou du maître de pension, et ces créanciers auront-ils action contre elle ?

Devrons-nous soutenir la négative en disant que le mot « contribuer » de l'article 1448, éveille l'idée d'un paiement à faire par l'une des parties à l'autre, mais que le droit de poursuite des créanciers contre la femme n'est nullement consacré par la loi.

Le mari du reste est toujours le chef de ménage ; c'est lui qui doit fournir aux besoins de la

famille et qui doit contracter avec les tiers; la femme qui n'a pas la qualité pour traiter personnellement avec ceux-ci n'est donc obligée que vis-à-vis du mari, et le mari est seul tenu vis-à-vis des tiers.

Nous préférons dire que la femme séparée de biens est obligée directement vis-à-vis des tiers et qu'elle ne pourrait même pas se décharger de son obligation en prouvant qu'elle a remis au mari une somme suffisante pour payer sa part dans les dépenses soit du ménage, soit de l'éducation des enfants.

Aux termes des articles 203 et 212, l'obligation de subvenir à ces dépenses incombe également aux deux époux, et comme la séparation de biens a restitué à la femme la jouissance de ses revenus, c'est à elle d'acquitter cette obligation vis-à-vis des tiers comme à l'égard du mari (1). L'expression de l'article 1448 est équivalente de celle de « supporter » employée dans le 2^e paragraphe et elle n'a pour but que d'indiquer la proportionnalité. C'est le mari, dit-on qui ordonne les dépenses, mais la femme est tenue en tout ou en partie à un droit de contrôle sur ces ordres et l'exécution qui leur est donnée. A ce titre elle doit s'assurer que les tiers qui ont traité avec le mari dans la limite des pouvoirs

1. *Contra*, M. Laurent.

de celui-ci sont payés ; sinon elle engage sa responsabilité, et elle s'expose à payer une seconde fois aux créanciers la part contributoire qu'elle a déjà remise au mari. Cassation, 25 mai 1891. S. 92. 1. 362. Trib. civ. Seine, 3 novembre 92. (*Gaz. Palais*, 92, 2, 314.)

Mais si la séparation peut avoir pour effet de laisser à la charge de l'un des époux les dettes qui lui sont personnelles, ce régime au regard des tiers ne saurait avoir pour résultat de mettre à la charge exclusive de la femme les dépenses par elle faites, soit pour son usage personnel, soit pour les besoins du ménage ; par suite, le mari poursuivi par les tiers, ne peut être mis hors de cause et doit être condamné à payer conjointement avec elle les dépenses dont il s'agit. Trib. Seine, 13 décembre 1892, *Gaz. des Trib.* 3 janvier 1893.

La femme peut, s'il y a de justes motifs de craindre que les fonds ne soient dissipés et détournés de leur destination, demander et obtenir des tribunaux l'autorisation de payer directement les fournisseurs ou les maîtres chargés de l'éducation des enfants. Sans cela la séparation manquerait son but et ne procurerait pas à la femme, la sécurité qu'elle doit produire. Mais ce surcroît de rigueurs vis-à-vis du mari ne peut résulter que d'une disposition expresse du jugement.

La loi suppose, pour décider que la femme doit

contribuer aux charges du ménage, que la vie commune continue d'exister entre les époux. mais si le mari abandonne sa femme, elle n'est plus tenue des dettes qu'il contracte, lors même qu'elles présentent un caractère alimentaire.

En effet le mari contre lequel la séparation est prononcée n'a pas le droit de demander à la femme une pension alimentaire, mais seulement de l'obliger à contribuer aux dépenses de la vie commune ou de les supporter ; c'est ce qui résulte de l'article 1448 qui déclare la femme tenue de contribuer aux charges du ménage, c'est-à-dire de la vie commune (Bordeaux, 31 mai 1854. D. 53.2. 289).

Le droit qui appartient en principe au mari, d'exiger le versement entre ses mains de la part contributive de la femme, ne peut pas l'autoriser à exiger d'elle aucune garantie pour assurer cette contribution, une caution ou une hypothèque par exemple, ni à retenir l'administration de tout ou partie de ses biens. La loi, en effet, ne soumet la femme à fournir aucune sûreté ; il y aurait quelque chose d'arbitraire et d'injurieux à lui imposer la condition d'une garantie.

Toutefois, il devrait en être différemment, et les tribunaux pourraient, à titre exceptionnel, imposer à la femme des garanties, et notamment autoriser le mari à toucher directement une certaine

quantité des revenus de la femme, si celle-ci avait essayé de se soustraire au paiement de sa part contributoire ou, si par des dépenses exagérées, elle s'était mise dans l'impossibilité d'y faire face ; le mari trouve alors le droit de demander des garanties dans sa qualité de créancier éventuel, et dans les principes qui permettent à tout créancier à terme ou conditionnel de prendre les mesures nécessaires à la conservation de ses droits.

Si la femme a payé pendant un certain temps toutes les dépenses du ménage, le mari étant ruiné, et puis que celui-ci revienne à meilleure fortune, la contribution sera changée pour l'avenir, mais elle n'aura pour le passé aucun recours contre le mari ou ses héritiers. Elle a acquitté sa propre dette. Elle ne peut donc exercer aucun recours (Trib. civ., Seine, 6 mai 1893. *Gaz. du Pal.*, 93. 1.552).

CHAPITRE V

EFFETS DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE. (*Suite*).

SECTION I. — *De la capacité de la femme séparée de biens.*

Les règles relatives à la capacité de la femme séparée de biens sont posées dans l'article 1449 Code civil (1). « La femme séparée de biens en reprend la libre administration ».

« Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner.

« Elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou sans y être autorisée de justice à son refus ».

Il est nécessaire d'un côté que la femme puisse

1. L'article 1449 statuant à la fois pour la femme séparée de biens et pour la femme séparée de corps. Mais depuis la loi du 6 février 1893, modifiant l'article 311 Code civil, il convient de distinguer deux situations. Aujourd'hui l'article 1449 ne s'applique plus qu'à la femme séparée de biens principalement, ou à celle qui ayant été séparée de corps, a fait cesser la séparation par la réconciliation avec son mari. Quant à la capacité de la femme séparée de corps, elle est réglementée actuellement par le nouvel article 311, Code civ.

librement administrer sa fortune puisque le mari a prouvé qu'il était incapable ou indigne de l'administration ; mais, d'un autre côté la séparation de biens n'a pas dissout le mariage, et les motifs qui ont fait admettre la règle de l'autorisation mentale subsistant après comme avant. Il faut donc que pour les actes graves elle continue d'être soumise à l'autorité maritale, ou à son défaut à celle de justice.

Par les mots « libre administration » la loi entend dire que la femme aura des pouvoirs d'administration étendus, et non les pouvoirs limités qui appartiennent d'ordinaire à un administrateur. On peut en donner pour motifs, d'abord qu'elle administre sa propre chose, et à ce point de vue il n'y a pas à la soumettre aux restrictions apportées aux pouvoirs de celui qui gouverne la chose d'autrui ; ensuite la femme majeure est pleinement capable ; aussi, à ce titre, aura-t-elle une plus grande liberté que le mineur émancipé qui ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer certaines formalités.

Que comprend la libre administration rendue par la loi à la femme séparée ?

Il y a d'abord des actes qui sans conteste rentrent dans l'administration proprement dite.

Elle pourra recevoir elle-même des capitaux

mobiliers et en donner quittance. Elle peut donner à bail ses biens immobiliers ; et incontestablement dans la mesure du tuteur ou du mari, c'est-à-dire pour 9 années, Mais nous inclinons à penser qu'elle ne serait pas même astreinte à observer cette limite de 9 années, et qu'elle pourrait suivant les circonstances, faire des baux d'une durée plus considérable. Car ici nous ne trouvons pas de limites, comme quand il s'agit du mari, du tuteur ou de l'usufruitier. Le texte en effet dit simplement : « La femme reprend la libre administration ». La femme reprend le gouvernement de ses intérêts ; les baux les plus avantageux sont souvent ceux à long terme, et c'est entraver arbitrairement la gestion de la femme que de lui enlever le droit de faire des baux excédant 9 années. Le mari n'a pas le droit de contrôle ; et de soutenir qu'elle les a consentis à vil prix. La femme est libre de fixer, comme bon lui semble les prix du bail. Cependant le mari peut avoir intérêt à s'en préoccuper ; car il est créancier de la femme à raison de la part pour laquelle celle-ci doit contribuer aux charges du mariage. Aussi, à titre de créancier, il peut faire tomber le bail qu'il prouvera être fait en fraude de ses droits par la complicité de la femme et du preneur. Elle peut aussi consentir à la résiliation des baux passés, soit par elle, soit par son mari avant la séparation de biens.

Elle peut prendre à bail des meubles ou des immeubles ; bail à loyer, à ferme, à colonnat partiaire, cheptel.

Si un immeuble a été donné à bail à un mari et à une femme séparés de biens qui se sont engagés comme preneurs solidaires, le bail ne peut être résilié à l'égard de la femme, ni par la résiliation qu'il a plu au mari de consentir, ni par sa faillite ou sa déconfiture. La femme séparée de biens, a acquis, par l'effet du bail où elle s'est engagée solidairement avec son mari un droit propre, dont elle ne peut être privée que par son consentement ou par une déchéance qui lui soit personnelle ; mais le bail dans les liens duquel son mari n'est plus engagé, continuera de produire ses effets en ce qui la concerne, en vertu du principe de la solidarité. (Nancy, 13 décembre 1844).

La femme séparée de biens pourrait-elle concéder le droit d'extraire sur les immeubles dont elle est propriétaire, du minerai, de la pierre, de la houille ?

Dans le système adopté par la jurisprudence, une pareille convention ne présente point le caractère d'un bail, mais bien celui d'une vente mobilière.

Les motifs qui conduisent à permettre le bail à la femme ne peuvent donc être invoqués.

D'un autre côté, si cette convention constitue

une vente mobilière vis à vis du preneur, à l'égard de la femme, il y a une aliénation partielle du fonds au moins dans le système de la jurisprudence.

C'est donc avec raison, dans cette théorie, que la Cour de Douai a déclaré nulle une concession semblable consentie par la femme.

La femme séparée de biens peut toucher ses revenus, en donner quittance : c'est là au premier chef un acte d'administration.

Elle peut aussi laisser son mari continuer à toucher ses revenus, comme il le faisait avant la séparation.

Elle pourrait prendre un mandataire étranger pour administrer sa fortune ; à plus forte raison peut-elle confier ce soin à son mari. Quels sont les effets d'une pareille convention ? Les pouvoirs donnés par la femme au mari sont toujours recevables sous quelque forme qu'ils soient donnés, la femme eut-elle dit qu'elle abandonnait l'administration et la jouissance de ses revenus au mari à titre de contribution aux charges du ménage. Toutefois ce mandat sera toujours révocable ; car cette convention ne peut constituer un rétablissement du régime détruit, puisqu'elle n'est pas pourvue des formalités que nous étudierons plus loin.

Autre cas. — Le mari a joui des biens de la femme, malgré l'opposition constatée de celle-ci.

On s'accorde à reconnaître que l'article 1579 est applicable au mari et qu'il devra rendre compte de tous les fruits, tant existants que consommés.

L'article 1579 relatif aux paraphernaux, n'est basé sur aucun motif spécial aux biens paraphernaux pour lesquels il est fait, et il faut l'étendre à la jouissance du patrimoine de la femme séparée de biens. Car il n'est que l'énumération dans un cas particulier d'une règle applicable toutes les fois qu'une personne s'empare de la jouissance des biens d'autrui sans le consentement du propriétaire ; celui-ci qui est dépouillé de la jouissance de ses biens ne doit en éprouver aucun préjudice. De là les dispositions de l'art. 1579 qui rend le mari responsable d'une administration qu'il a usurpé.

Notons que dans cette hypothèse, le mari n'est obligé de restituer les revenus par lui perçus que déduction faite de la part pour laquelle la femme doit contribuer aux charges du ménage, conformément à l'article 1448.

La dernière hypothèse qui nous reste à examiner est celle où le mari a joui des biens de la femme sans mandat de celle-ci, mais sans opposition de sa part. Dans ce cas, l'article 1539, au paragraphe de la séparation contractuelle, et l'article 1578 dans la section des biens paraphernaux, décident que le mari n'est point comptable des fruits

consommés, mais qu'il est tenu seulement de la représentation des fruits existants.

Devrons-nous appliquer cette solution à la séparation de biens judiciaire ? Bien que cette solution déroge au droit commun puisqu'elle substitue cet abandon des revenus de la femme à la contribution proportionnelle, écrite dans l'article 1448, il faut l'étendre toutefois à la séparation de biens judiciaire. La femme, maîtresse alors de ses revenus, a pu les abandonner au mari pour subvenir aux charges du ménage ; et l'on doit présumer qu'elle a eu cette intention puisqu'en fait elle a laissé au mari la jouissance de ses revenus. Si l'on imposait au mari, qui ne s'y attend pas, la restitution des revenus consommés de la femme, au moins pour ce qui dépasse la part contributoire de la femme dans les charges du mariage, on lui causerait un grave préjudice. (Paris, 6 décembre 1892, D. 93. 2. 592).

Le mari ne devra compte que des fruits existants lors de la demande de la femme, qui, révoquant son mandat, comme elle en a le droit, veut reprendre l'administration de ses biens, ou si le mandat n'a pas été révoqué, des fruits existants lors de la dissolution du mariage ; il ne doit aucun compte des fruits consommés.

Libre de toucher ses revenus, la femme séparée peut en disposer comme bon lui semble, les placer à son gré.

Elle peut recevoir et poursuivre par voie d'exécution le remboursement de ses capitaux mobiliers et en donner décharge. Elle pourra aussi donner main-levée des inscriptions hypothécaires, en recevant le paiement des dettes qu'elles garantissaient. Car la dette étant éteinte par le paiement, la main-levée et le consentement à radiation ne sont que les conséquences du paiement et ne dépassent nullement les pouvoirs d'un administrateur.

Si la femme séparée donnait main-levée de l'inscription sans recevoir le paiement de sa créance, il n'y aurait plus là un acte d'administration, mais un acte de disposition, subordonné aux pouvoirs que l'on reconnaît à la femme séparée relativement à ses biens meubles.

La controverse qui existe au sujet de cette dernière question résulte des dispositions des deux articles 217 Code civil et 1.449 code civil.

Le législateur dans l'article 217 avait déclaré que : « la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, *aliéner*, hypothéquer, acquérir à titre onéreux ou gratuit, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit », et voilà que l'article 1459 vient déclarer qu'en ce qui concerne le mobilier, la femme séparée judiciairement peut disposer de son mobilier et l'aliéner.

Voici deux textes en conflit. L'article 217 dit que

la femme, même séparée de biens, ne peut pas aliéner, sans faire de distinction, tandis que l'article 1449 déclare au contraire que la femme séparée judiciairement peut disposer de son mobilier et l'aliéner.

Peut-on concilier ces deux textes, ou faut-il voir dans le second une dérogation au premier ?

Il est d'abord un point sur lequel tout le monde est d'accord ; c'est pour reconnaître que, si l'article 1449 déroge à l'article 217, il ne déroge certainement pas à l'article 905 Code civil. Il suit de là que la femme ne peut pas disposer à titre gratuit de son mobilier.

En effet, si elle reçoit le droit d'aliéner, ce n'est que comme conséquence de son droit de libre administration et la donation n'est pas un acte d'administration.

Il importe peu d'ailleurs que la donation soit directe ou indirecte ; la donation indirecte résultant d'un prêt à long terme et son intérêt est défendu au même titre que la donation directe.

La mesure dans laquelle la femme séparée de biens peut aliéner à titre onéreux son mobilier corporel ou incorporel donne lieu à une lutte très vive. Il y a deux opinions en présence : La première concilie les articles 1449 et 217 C. Civ. en disant que l'aliénation du mobilier ne peut être faite par la femme sans l'autorisation du mari ou

de la justice, que si cette aliénation rentre dans les actes d'administration.

Il ne faut pas séparer l'alinéa 2 : « Elle peut disposer de son mobilier » de l'alinéa 1 : « La femme reprend la libre administration de ses biens. » Voilà pour quels motifs et dans quelle mesure elle pourra aliéner son mobilier ; mais si l'aliénation dépasse évidemment cette mesure elle tombe sous la prohibition des articles 217 et 1449, alinéa 1.

La deuxième opinion donne au deuxième alinéa de l'article 1449 une portée plus large : elle reconnaît qu'il déroge à l'article 217 et permet à la femme d'aliéner son mobilier dans le sens le plus large du mot, sans considérer si l'aliénation des biens mobiliers rentre dans *l'administration libre* qui est accordée à la femme.

Nous nous rallions à ce deuxième système parce, que à la différence du premier, il s'appuie sur le texte très précis de l'article 1449, qui conçu d'une manière générale, n'établit aucune distinction ; en outre il a l'avantage de ne rien laisser à l'arbitraire, et par suite il assure à la femme et aux tiers la sécurité sur la valeur de leurs actes.

Au contraire le premier système conduirait à entrer dans des distinctions très dangereuses pour le crédit de la femme. Les tiers acquéreurs n'ayant pas toujours la sécurité qu'assure l'article 2279, du

Code Civil n'oseraient traiter avec elle, sans qu'elle soit autorisée et son pouvoir d'aliéner même pour l'administration serait paralysé.

Dans quelle mesure la femme séparée de biens peut-elle s'obliger ? Ici nous n'avons pas de disposition spéciale dans l'article 1449, comme pour l'aliénation du mobilier.

A l'origine, la Cour de Cassation (16 mars 1819. S. 1814. 1166), validait sans distinction aucune les obligations souscrites par les femmes séparées, en tant qu'elles n'affectaient que le mobilier. Elle avait raisonné ainsi : la femme pouvant disposer de son mobilier, elle doit aussi pouvoir contracter sans autorisation des dettes exécutoires sur ce mobilier.

Mais la Cour de Cassation ne tarda pas à abandonner cette jurisprudence, qui partait du point de vue inexact que l'incapacité pour la femme de s'obliger ne serait que la conséquence de son incapacité d'aliéner et qu'elle devrait disparaître quand disparaîtrait son incapacité d'aliéner. Mais ce n'est pas dans sa capacité d'aliéner le mobilier que la femme trouve la capacité de s'engager. C'est dans son droit de libre administration. L'administration comprend nécessairement des actes d'engagement. Là est la source et aussi la mesure de cette liberté nouvelle que lui confère la séparation de biens.

L'incapacité de s'obliger bien que non mention-

née expressément dans l'article 217 se trouve virtuellement comprise et ressort clairement du rapprochement et de la combinaison de cet article avec les articles 220, 221, 222, et 224. Cela étant admis, il ne suffit pas que l'incapacité d'aliéner soit levée pour que l'incapacité de s'obliger le soit aussi. Or dans l'article 1449, nous voyons bien l'incapacité d'aliéner levée pour le mobilier, mais nous ne trouvons rien pour l'incapacité de contracter des obligations.

D'où nous devons conclure que la femme même séparée de biens, reste dans l'incapacité générale de s'obliger résultant des articles 217 et suivants.

Vainement dit-on qu'il doit être permis de faire indirectement tout ce qu'on peut faire directement. Ce principe est faux lorsque le moyen indirect présente des dangers que le moyen direct n'offre pas. C'est ce qui arrive dans le cas présent.

C'est aux tribunaux à rechercher et à décider si l'obligation contractée par la femme séparée sans autorisation de son mari, rentre dans les limites de l'administration ou s'en écarte. Et ces obligations contractées pour l'administration de ses biens seront certainement exécutoires sur tous ses biens. Car, aux termes de l'article 2092, Code civil : Qui-conque s'est obligé personnellement, est tenu de

remplir ses engagements sur ses biens présents et à venir.

La femme séparée de biens peut acheter des immeubles et des meubles qui servent de placement à ses revenus ou aux deniers provenant de la rentrée de ses capitaux. C'est la conséquence de son droit d'administration qui comprend la disposition de son mobilier. Mais elle excéderait ce droit si elle faisait des achats à crédit.

Toutefois dans le système qui lui refuse la disposition du mobilier on ne lui permettra pas d'acquérir même au comptant des immeubles ou des meubles, si l'importance du placement, eu égard à la fortune, dépasse les limites d'un acte d'administration (Trib. de la Seine, 18 avril 1891. (*Pandectes français*, 92. 2. 49).

Elle peut acquérir des rentes viagères ; l'acquisition d'une rente viagère, si elle emporte aliénation du capital, n'en est pas moins un placement de fonds. Elle augmente ainsi ses revenus. Cependant ce placement en viager qui dépouille la famille peut avoir parfois de graves conséquences ; mais la théorie que nous admettons est conforme à la loi ; et ce n'est pas au jurisconsulte qu'il appartient de refaire la loi ou de la modifier dans ses conséquences, suivant qu'elle lui paraît bonne ou mauvaise.

La conversion des titres nominatifs en titres au porteur peut aussi, suivant les cas, être un acte

de bonne administration, ou un moyen d'en arriver à la dissipation de la fortune mobilière. Mais c'est au législateur à défendre ce qu'il juge nuisible ou à prendre des mesures préventives. Il faudrait pour empêcher la conversion une prohibition analogue à celle qui est écrite dans l'article 10 de la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits.

Jusque-là il faudra permettre à la femme ces conversions soit qu'on les envisage comme actes de disposition du mobilier permis par l'article 1449-2^e ou comme un acte d'administration (Cassation, 19 juin 1876. S. 76.1.344).

Nous reconnaitrons à la femme le droit de procéder seule au partage amiable d'une succession mobilière à laquelle elle est appelée. D'après la théorie que nous avons admise, cela va de soi puisque nous lui reconnaissons le droit de disposer.

Et suivant la théorie adverse, on doit aussi l'admettre. Car le partage, dans notre droit français est déclaratif, et a uniquement pour but de fixer rétroactivement les droits des copartageants; il n'emporte aucune aliénation; il doit être permis à la femme au même titre que tout acte d'administration.

Ceux qui n'en sont pas partisans objectent à

cette théorie qu'en fait le partage peut être dangereux, la femme peut être amenée à faire des concessions fâcheuses, à accepter dans son lot de mauvaises créances. A ce point de vue le partage renferme une espèce d'aliénation ; en effet la règle du partage déclaratif est dans une large mesure une fiction ; le partage contient une aliénation nécessaire par chaque cohéritier de ses droits sur les biens indivis non compris dans son lot. Mais le législateur s'est inspiré de la règle qu'il admet pour déterminer la capacité pour l'action en partage et il n'exige pas la capacité d'aliéner.

Les acquisitions peuvent être faites par la femme séparée en son nom avec l'argent du mari dans le but de faire fraude à ses créanciers. Lorsque la fraude est démontrée, les créanciers auront le droit de faire vendre comme appartenant à leur débiteur l'immeuble acheté par la femme ; et non pas seulement le droit de se faire rembourser par la femme les deniers qui ont servi à l'acquisition. Car ce qui est frauduleux, c'est l'acquisition qu'elle a faite en son nom, mais qu'elle a payée des deniers du mari.

La femme séparée, reprenant la libre administration aura seule qualité pour intenter les actions qui appartenaient au mari à titre d'administrateur sauf à obtenir l'autorisation qui lui est nécessaire toutes les fois qu'il faudra être en justice.

Si la femme veut acquiescer à un jugement rendu contre elle, elle peut le faire sans l'autorisation de son mari ; acquiesçant elle ne ferait qu'user des pouvoirs d'administration que lui confère l'article 1449.

Elle pourra transiger sans autorisation sur les difficultés qui s'élèveront relatives à sa fortune mobilière ; cela résulte de la combinaison des articles 1446 alinéa 2 et 2045 Code Civil. Ce dernier dit : « Pour transiger, il faut être capable de disposer des objets compris dans la transaction ».

Nous refuserons à la femme le droit de compromettre ; car d'après l'article 1004 du Code de procédure civile on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui sont sujettes à communication au ministère public ; or sont de celles-là les causes des femmes non autorisées par leur mari.

D'ailleurs l'article 215 Code Civil défend à la femme d'ester en jugement sans être autorisée. Or le compromis est plus dangereux que l'instance judiciaire, plus dangereux même que la transaction, dans laquelle chacune des parties apprécie et consent en pleine connaissance de cause les sacrifices qu'elle doit faire.

Elle ne peut aliéner ses immeubles sans l'autorisation du mari ou de justice. article 1449.

Elle ne pourra donc les gréver, ni d'hypothèque,

ni de servitudes, ce qui constituerait une aliénation partielle indirecte.

Il ne faudrait même pas lui accorder le droit de donner un de ses immeubles en antichrèse ; ainsi l'a décidé la Cour de Rouen qui voit dans l'antichrèse d'abord une délégation indéfinie des fonds, mais encore un véritable démembrement de la propriété à raison du droit de rétention qu'elle confère aux termes de l'article 2087.

Elle ne peut s'engager comme caution pour un tiers. L'emprunt est déclaré valable s'il est reconnu que la femme ne l'a fait que pour les besoins de l'administration. Elle ne peut contracter une société sans autorisation ; car cet acte engage sa fortune et ne peut être rangé parmi les actes d'administration.

Enfin la séparation de biens ne donne à la femme aucune extension de capacité en tant qu'il s'agit d'ester en justice. Qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, il lui faut toujours l'autorisation du mari ou de justice, alors même qu'il s'agirait de procès relatifs à l'administration de ses biens.

Ainsi, quoique la femme séparée soit capable de toucher les revenus de ses capitaux, et par suite d'en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution, elle ne peut cependant sans autorisation, ni introduire en justice aucune action relative à ses

revenus ou capitaux, ni défendre à une action de cette espèce.

La femme peut-elle se porter surenchérisseur ?

Il faut distinguer : Le surenchérisseur, par la réquisition même de surenchère, s'oblige à demeurer acquéreur si son enchère n'est pas couverte. La procédure par laquelle la surenchère est menée à son terme constitue d'autre part une véritable action judiciaire.

De plus elle a un caractère immobilier.

En ce qui concerne le surenchérisseur, elle ne peut être regardée comme un pur acte conservatoire et de simple administration ; c'est un acte mixte qui suppose chez le surenchérisseur la capacité de s'obliger, d'ester en justice et d'intenter une action immobilière.

La surenchère ne peut donc être faite par une femme mariée, non autorisée même séparée de biens.

Nous ferons exception lorsque la femme judiciairement séparée de biens exercera la surenchère pour la garantie de ses reprises sur des immeubles aliénés par le mari.

M. Laurent au contraire, rejette cette conception (tome 31, n° 501). D'après cet auteur, le droit de surenchérir ne pourrait appartenir à la femme que si la surenchère constituait un de ces actes d'exécution auxquels elle est habilitée par le jugement

de séparation de biens. Or d'après lui, il n'y a aucune analogie entre ces deux sortes d'actes, l'acte d'exécution n'ayant pour conséquence que de réaliser un droit ; l'acte de surenchère pouvant à l'inverse, s'il est un moyen d'assurer la garantie du créancier constituer en même temps une opération à lui préjudiciable par les obligations qu'elle comporte.

Un tel raisonnement n'est pas admissible ; il repose uniquement sur le caractère parfois préjudiciable de la surenchère pour la personne qui la forme : et on peut répondre qu'en matière d'actes d'exécution sur les immeubles, le poursuivant peut aussi subir éventuellement un préjudice. La femme séparée de biens qui poursuit la saisie des immeubles de son mari, n'est-elle pas forcée, si aucun enchérisseur ne se présente, d'acquérir le bien exproprié pour le montant de la mise à prix parfois excessive ?

La femme séparée de biens peut-elle valablement contracter une assurance sur la vie sans l'autorisation de son mari ?

D'après une première opinion, la femme mariée séparée de biens d'avec son mari, peut contracter seule une assurance sur la vie.

En effet, dit-on, la clause insérée dans toutes les polices d'assurance sur la vie, qui ôte à l'assureur le droit de poursuivre le stipulant en paie-

ment des primes, lève toute difficulté à cet égard. Il n'en serait pas de même si la femme n'était pas séparée de biens et mariée sous le régime dotal sans paraphernaux. Elle ne pourrait dans ce cas contracter une assurance sur la vie que du consentement du mari ; et une autorisation spéciale lui serait nécessaire à cet effet. Le mari a dans ces deux cas l'administration des biens de la femme.

Mais lorsque la femme a obtenu la séparation de biens, la femme a recouvré l'administration de ses biens et l'autorité maritale n'exige plus que l'on demande une autorisation pour un acte auquel la femme peut faire face avec les revenus dont elle a recouvré la libre disposition. Si elle dispose du bénéfice de cette assurance, soit par le contrat, soit postérieurement, on pense dans cette opinion qu'elle n'a pas besoin d'autorisation spéciale pour cette disposition à titre gratuit.

Il n'y a pas là en effet une donation du capital assuré mais simplement des primes versées successivement. Cette disposition n'est pas irrévocable, même si elle est acceptée, puisque chaque année la femme peut abandonner à sa volonté l'assurance, le paiement des primes étant facultatif. Ce n'est qu'à sa mort, si toutes les assurances temporaires annuelles ont été régulièrement continuées, si elle n'a pas autrement disposé du béné-

fice du contrat que la libéralité sera acquise à ceux qu'elle a voulu gratifier.

On se trouve ainsi dans une situation, qui paraît au point de vue des rapports entre les époux, identique à celle qui résulterait d'une disposition testamentaire et il y a lieu d'appliquer par analogie l'article 226 Code civil qui dit : « La femme peut tester sans l'autorisation de son mari ».

Et cette dernière proposition sera généralisée ; la femme qui, sauf le cas de séparation de corps ou de biens ne peut contracter une assurance sur la vie sans autorisation, pourra disposer du bénéfice de cette assurance sous tous les régimes sans qu'elle ait besoin d'autorisation.

Certains auteurs prétendent que c'est plus qu'une capacité d'administration, mais une capacité d'aliénation de meubles ; or, nous avons reconnu que l'aliénation des meubles rentrait dans la libre administration de la femme. Ils motivent ainsi leur opinion : le contractant ne se borne pas à servir une prime insignifiante, comme dans l'assurance contre l'incendie ; il distrait une partie de sa fortune ; il place ses fonds dans le but de faire obtenir à sa mort un grand avantage à ses héritiers ou à des tiers. Mais comme nous venons de le voir, la disposition peut alors être considérée comme testamentaire et à ce titre, valable. Qu'on n'objecte pas que la femme se met dans la situation de ne pou-

voir subvenir aux charges du mariage ; elle ne contracte pas d'engagement, et elle peut y renoncer si elle doit supporter seule les charges du ménage.

Toutefois, dans l'hypothèse d'une assurance en cas de vie, nous ne devons lui reconnaître le droit d'en disposer qu'avec l'autorisation de son mari.

La loi du 20 juillet 1886 vient corroborer notre opinion, à savoir que la femme peut contracter une assurance sur la vie sans autorisation en permettant à la femme séparée de biens d'effectuer sans autorisation à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, des versements à son profit exclusif.

SECTION II. — *Effets spéciaux de la séparation de biens sous le régime dotal.*

La séparation peut être prononcée au profit de la femme même mariée sous le régime dotal (art. 1565).

Mais alors comment seront réglés désormais les droits respectifs des époux ? L'art. 1565 déclare que la femme, dont la dot est en péril, peut poursuivre la séparation de biens conformément aux

articles 1449 et suivants du C. C., d'où l'on paraît bien autorisé à conclure que les époux sont désormais soumis au régime de séparation de biens tel qu'il est organisé par ces articles. Il y a même un *a fortiori* pour le décider ainsi ; car le régime dotal est un régime de séparation de biens tempéré par une constitution de dot. Il faudra appliquer désormais en ce qui concerne la situation des biens de la femme, ses droits et ses pouvoirs, ainsi que ceux de ses créanciers, les règles de la séparation judiciaire contenues dans les articles 1445 et suivants et spécialement dans l'art. 1449.

Dans les premiers temps, qui ont suivi la promulgation du C. C., on avait soutenu que la séparation de biens effaçait pour l'avenir les règles du régime dotal, aussi bien qu'il effaçait complètement pour l'avenir les règles du régime de communauté. Mais aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour dire que les biens dotaux restent inaliénables après la séparation de biens. Et il n'est pas douteux que la jurisprudence actuelle ne soit conforme aux principes. La séparation de biens n'est qu'une garantie de plus donnée à la femme et ne peut par conséquent avoir l'effet de détruire l'inaliénabilité, garantie principale de la conservation de la dot. D'ailleurs l'art. 1554 ne déclare-t-il pas sans distinction les immeubles dotaux inaliénables pendant le mariage.

Les immeubles dotaux sont donc inaliénables après la séparation de biens comme ils l'étaient auparavant. On ne comprendait pas d'ailleurs comment la protection de l'inaliénabilité dotale ferait défaut à la femme et aux enfants au moment où ils en ont le plus besoin, lorsque le mauvais état des affaires du mari a réduit la femme à demander la séparation et que probablement il ne reste plus que la dot pour faire vivre la famille.

La distinction des biens de la femme en dotaux et en paraphernaux continue de subsister dans son intégrité après la séparation de biens, et les règles suivant lesquelles se détermine la consistance de la dot ne subissent par l'effet de cette séparation aucune modification. Il en résulte que les biens qu'elle acquiert à titre gratuit après la séparation de biens sont dotaux du moment qu'elle s'est constituée en dot ses biens à venir.

Cependant l'intérêt principal de la distinction entre les biens dotaux et paraphernaux a disparu, puisque la femme reprend l'administration et la jouissance de ses biens dotaux, l'inaliénabilité seule des biens dotaux subsiste et constitue le seul motif de garder encore les mêmes dénominations.

L'action en nullité des aliénations des immeubles dotaux appartient désormais à la femme seule en vertu de l'art. 1560.

Si l'immeuble dotal a été déclaré aliénable mo-

yennant un remploi qui n'a pas été effectué, l'aliénation de l'immeuble ne sera pas nécessairement nulle. La femme devra faire le remploi ; mais elle aura le droit de se prévaloir de la nullité si le prix a été reçu et dissipé par le mari.

Le tiers acquéreur contre qui la femme agira devra restituer l'immeuble ; car il est responsable de la dissipation du prix. La clause du remploi étant inscrite dans le contrat de mariage, qui est opposable aux tiers, il ne devait payer qu'après s'être assuré que le remploi serait fait. Mais on lui reconnaît le droit d'arrêter l'action en nullité de la vente en offrant de payer une seconde fois et d'effectuer le remploi.

Comme il est débiteur de la même chose que le mari le prix de l'immeuble et le remploi, il ne pourrait exiger qu'il soit préalablement discuté. Il n'y aurait pas lieu non plus de surseoir à l'action introduite par la femme jusqu'à la liquidation de ses reprises et la constatation de l'insolvabilité du mari.

La femme pourra aussi agir hypothécairement contre le mari qui a touché le prix. Il est vrai que l'art. 1560 ne prévoit que l'action en révocation de l'aliénation. Mais l'art. 2195 reconnaît à toute femme mariée sous n'importe quel régime, le droit de se prévaloir de son hypothèque légale pour la remplir de ses propres aliénés ; c'est la consécra-

tion formelle du droit de la femme à une indemnité.

La femme peut avoir un intérêt considérable à recourir contre son mari plutôt que d'agir en nullité, si par exemple la valeur actuelle de l'immeuble est inférieure au prix pour lequel il a été vendu.

Mais la femme ne pourra jamais toucher qu'une collocation provisoire dans l'ordre ouvert sur les immeubles du mari. L'action en indemnité contre le mari implique une ratification de l'aliénation ; et cette ratification ne lui sera permise d'une façon définitive qu'à la dissolution du mariage. Jusque-là elle ne sera que créancière conditionnelle.

De même la femme ne pourrait réclamer le prix à l'encontre des tiers détenteurs d'immeubles affectés à son hypothèque légale ; la ratification ne lui est permise qu'à la dissolution du mariage ; et jusque-là les tiers détenteurs pourraient s'opposer à toute poursuite.

Dot mobilière inaliénable. — Les auteurs s'appuyant sur les textes du Code civil déclarent la dot mobilière aliénable par la femme.

Mais la jurisprudence et notamment la Cour de cassation, décident, d'une façon constante, que la dot mobilière est aussi inaliénable, en vertu des principes du régime dotal, et par suite elle refuse

à la femme dotale séparée la disposition de sa dot mobilière.

En conséquence du principe qu'elle pose, elle ne reconnaît pas à la femme le droit de céder sa créance en restitution, de renoncer à ses reprises dotales ; elle prononce la nullité de toute transaction même avantageuse que la femme aurait faite au sujet de sa dot mobilière ; elle ne lui reconnaît pas le droit de subroger un tiers dans les effets de son hypothèque légale, en tant que cette hypothèque garantit la restitution de sa dot mobilière.

La jurisprudence qui ne permet pas à la femme d'aliéner sa dot mobilière, le permet au mari à titre d'administrateur. Il semble que la femme qui par la séparation, reprend la libre administration de sa dot, devrait avoir le même pouvoir, et pourtant on lui refuse le pouvoir de s'obliger sur le capital dotal et de l'aliéner. Il n'y a pas, dit la jurisprudence, d'inconséquence entre cette solution et celle que la loi admet quant aux pouvoirs du mari sur la dot mobilière. Lorsque le mari aliène la dot, la valeur des choses aliénées est remplacée dans le patrimoine de la femme par une créance d'égale valeur contre le mari, tandis que, si la femme aliène elle-même sa dot mobilière, aucun bien ne remplace les choses aliénées. Cette solution de la jurisprudence est en contradiction avec la loi qui accorde à la femme la libre administration ; elle doit donc

pouvoir faire tous les actes d'administration permis au mari, d'autant plus qu'elle joint à la qualité d'administrateur celle de propriétaire.

Les meubles dotaux, d'après la jurisprudence peuvent être aliénés par le mari ; la constitution dotale ne les rend donc pas inaliénables. Or s'ils ne sont pas faits inaliénables par le régime dotal, comment le seraient-ils par le régime de séparation de biens venant s'ajouter au régime dotal. Car le régime de séparation ne changeant rien à la nature des biens, au caractère des choses dotales, ne saurait créer l'inaliénabilité d'un bien.

A quoi la jurisprudence répond que l'inaliénabilité de la dot mobilière change d'aspect avec la séparation de biens. Avant, elle ne porte que sur la créance dotale de la femme ; car les biens mobiliers sont à la disposition du mari et l'hypothèque légale seule garantit la femme. Après elle porte sur les biens mobiliers eux-mêmes qui sont restitués à la femme. A partir de ce moment la jurisprudence tend encore à protéger la femme en rendant ses meubles inaliénables.

Mais le système de la jurisprudence est imparfait. Dans le 1^{er} cas il suppose que le mari a une fortune personnelle, sur laquelle puisse porter l'hypothèque de la femme, ce qui n'arrivera pas toujours et dans ce cas, si le mari aliène la dot, la femme ne reçoit rien en échange.

Dans le deuxième cas, lorsque la dot est reprise par la femme, on ne lui permet plus l'aliénation, alors même qu'elle est utile, parfois même nécessaire à la conservation de la dot; et on la contraint à laisser compromettre et quelquefois périr la dot dont elle a pris l'administration. Pour atténuer les inconvénients du système qui ne reconnaît pas à la femme séparée le droit de disposer de sa dot mobilière, quand l'aliénation des meubles dotaux est nécessaire on permet à la femme d'y procéder en se faisant autoriser par les tribunaux qui accordent l'autorisation s'ils constatent le besoin d'une aliénation. Ce tempérament est aussi arbitraire que la doctrine qu'il modifie; il donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, un droit d'immixtion perpétuel dans les affaires de la famille, qui ne se trouve consacré par aucun texte.

De plus cette atténuation est la destruction du système. Si les meubles dotaux sont inaliénables, ils le sont au même titre que les immeubles, et qui donc proposera d'autoriser la vente d'un immeuble dotal en dehors des cas exceptionnels prévus par le législateur.

Ne serait-il pas plus juste de permettre à la femme dotale séparée d'aliéner à titre onéreux ses meubles ci-devant dotaux et de les aliéner seule? Cela n'est pas contraire à l'idée de conservation de

la dot, et l'article 1449 le définit en acte d'administration.

Dot représentée. — Par suite de cette inaliénabilité, la dot mobilière ne peut être, après la séparation comme avant, frappée de saisie-arrêt par les créanciers de la femme.

Les créanciers ne pourront non plus saisir le prix des biens acquis à titre d'emploi des valeurs mobilières dotales, ou que le mari a cédés en paiement de ses reprises, alors que l'aliénation de ces biens produit une somme inférieure au montant des valeurs dotales employées.

Cette solution est critiquée par les auteurs ; car elle méconnaît le principe de non-dotalité écrit dans l'article 1659 : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a pas été stipulée par le contrat de mariage ».

Et, du moment que l'immeuble ainsi acquis n'est pas dotal, il ne peut être que paraphernal, et par conséquent il est de libre disposition dans les mains de la femme séparée, qui peut en disposer de même que ses créanciers peuvent le saisir.

Mais la jurisprudence décide que si l'immeuble n'est pas dotal d'après les dispositions de l'article 1353, néanmoins il représente la dot mobilière qui est inaliénable et sa transformation ne peut avoir pour résultat de nuire à la dot mobilière.

Du moment que l'immeuble n'est pas dotal, la femme peut valablement l'aliéner même à titre gratuit ; mais elle conserve le droit de répéter contre les tiers acquéreurs les deniers dotaux dont ces immeubles étaient la représentation.

En deuxième lieu, l'immeuble ainsi acquis peut être saisi et vendu par les créanciers de la femme, mais ceux-ci doivent assurer, sur le prix à provenir de la vente, le remboursement intégral des deniers dotaux qui ont cet immeuble pour gage. Ils doivent donc offrir de porter la mise à prix à un chiffre suffisant pour rembourser à la femme le prix de son acquisition.

Il a même été soutenu que cet immeuble donné par le mari à la femme après la séparation de biens, en paiement de sa dot constituée en argent, doit être réputé dotal ; car il ne recevrait pas l'application du § 2 de l'article 1559 qui s'appliquerait à l'hypothèse d'un immeuble donné en place de la dot mobilière par le constituant, et qui porte que l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent n'est pas dotal. En conséquence cet immeuble ne pourrait être saisi par les créanciers de la femme. Mais comme nous venons de le voir, la jurisprudence a adopté une théorie mixte, et s'est prononcée contre cette solution ; car elle décide que l'immeuble donné par le mari à la femme après la séparation de biens en paiement

de sa dot mobilière n'est pas dotal, alors que la condition d'emploi n'a pas été stipulée dans le contrat de mariage. Si la femme vient à vendre cet immeuble, le prix redevient dotal, et doit être effectivement versé entre les mains de la femme, de telle sorte que si les acquéreurs, au lieu de faire ce versement, appliquaient ce prix à éteindre par compensation des créances qu'ils ont à répéter contre la femme ils deviendraient responsables de l'aliénation de ce même prix, et seraient tenus, à défaut du prix qu'ils ne lui ont pas payé, de lui restituer l'immeuble qu'elle leur a vendu.

Emploi. — La femme séparée dotale, en vertu de son droit d'administration, peut toucher les capitaux qui lui sont dûs, qu'il s'agisse de sommes à elle dûes par des tiers ou des reprises dont son mari est débiteur par suite de la liquidation opérée entre eux ; mais devra-t-elle pour recevoir ses capitaux, en faire emploi ?

Ecartons d'abord l'hypothèse où l'emploi des deniers dotaux est prescrit par le contrat de mariage. Il est certain alors que la femme doit en faire emploi. Car c'est une sûreté qui correspond à l'inaliénabilité des immeubles ou à leur aliénabilité avec clause de remploi. Or l'inaliénabilité survit d'après la loi, à la séparation de biens. C'est une sûreté qui est introduite dans l'intérêt de la famille entière, et non pas seulement donnée

à la femme contre le mari. Il faudra en dire autant de la clause de remploi. Elle survivra à la séparation. Et les débiteurs des deniers dotaux à l'égard desquels le contrat de mariage est la loi aussi bien qu'à l'égard des époux, ont le droit et même le devoir, sous leur responsabilité, de veiller à l'accomplissement de la clause d'emploi. Ils ne seront libérés qu'autant qu'il aura été fait. Ils ne peuvent donc livrer les deniers avant que l'emploi ne leur soit justifié ou qu'on leur ait donné caution qu'il sera effectué. En effet le contrat de mariage est une loi qu'ils doivent connaître, dont ils subissent les rigueurs et qu'ils ont aussi le droit d'invoquer. Toutefois si cette condition d'emploi, au lieu d'être prescrite par le contrat de mariage, avait été imposée au mari dans une donation ou dans un testament comme charge de la libéralité, les tiers pourraient impunément la méconnaître ; ils ne seraient pas responsables et ne pourraient pas non plus se prévaloir du défaut d'emploi. Ils seraient libérés par la quittance qu'ils recevraient de la femme ; car dans cette hypothèse, la condition d'emploi ne fait plus partie du statut matrimonial ; et c'est simplement une précaution prise à l'égard des époux.

Mais lorsque la condition d'emploi n'a pas été imposée au mari par le contrat de mariage, la femme dotale séparée est-elle néanmoins soumise à cette

condition pour pouvoir toucher les sommes dotales?

Cette question est controversée. Des auteurs pensent que la femme, en ce cas, ne doit pouvoir toucher les deniers dotaux qu'en justifiant d'un emploi.

Ils raisonnent ainsi : Les droits du mari sur la dot ne doivent pas être la mesure de ceux de la femme séparée.

Le mari offre un gage de remboursement de la dot qu'il pourra dissiper, au moyen de l'hypothèque légale dont tous ses biens immeubles sont grevés dans l'intérêt de la femme, mais si la femme vient à dissiper la dot, quel gage offrira-t-elle à son mari et à ses enfants ? Par conséquent il faut remplacer par d'autres garanties celles qui viennent à faire défaut ; le seul moyen de pourvoir à l'inaliénabilité de la dot, c'est de soumettre la femme à l'obligation de faire emploi. La majorité des auteurs, la jurisprudence elle-même (en quoi elle est illogique puisqu'elle tend à protéger par tous les moyens la dot mobilière et qu'elle refuse à la femme séparée le droit d'aliéner les meubles) ont repoussé cette opinion, et nous nous rallions à cette façon de penser. Aux termes de l'article 1449, la femme séparée reprend sous tous les régimes la libre administration de ses biens, et nous ne voyons comment on pourrait imposer à cette administration qui lui est restituée des restrictions qui ne sont pas

écrites ni dans le contrat de mariage, ni dans la loi. La femme succède aux obligations que le contrat de mariage imposait au mari, mais voilà tout ; donc elle ne doit pas plus que lui être obligée de fournir un emploi. Où est d'ailleurs le texte qui autorise à prendre contre elles des garanties nouvelles.

Et d'ailleurs quelles garanties exiger de la femme ? Sera-ce une caution ? Et, si c'est un emploi devra-t-il être fait en meubles ou en immeubles ? Ces questions ne sont pas résolues. Et attribuer aux tribunaux le pouvoir de les résoudre serait leur donner un pouvoir qui ne leur est pas attribué par la loi.

Peut-être pourrait-on, si l'on reconnaît aux tribunaux ce pouvoir, adopter une solution moyenne fondée sur l'intention présumée des parties au contrat de mariage. Le mari avait-il des immeubles nombreux sur lesquels ait pu porter l'hypothèque, légale de sa femme, on accorderait après la séparation de biens le droit aux tribunaux d'exiger de la femme un remploi ; car il est à présumer que les parties au contrat de mariage n'ont pas stipulé de garantie du mari parce que la loi y suppléait.

Le mari n'a-t-il pas d'immeubles, et le contrat de mariage est-il muet quand aux garanties à exiger du mari, lorsqu'il reçoit des deniers dotaux, dans ce cas, on ne pourrait exiger de la fem-

me l'emploi des créances dotales puisqu'il n'était pas exigé du mari. Dans les cas où les tribunaux exigeraient l'emploi dans le jugement de séparation de biens, l'emploi n'aurait aucune force obligatoire vis-à-vis des tiers ; ce serait sortir des principes de la chose jugée, qui n'a d'effet qu'*inter partes*.

En ce qui concerne les revenus dotaux, la jurisprudence leur a reconnu une certaine inaliénabilité, en ce sens que la partie de ces revenus nécessaire à la satisfaction des besoins du ménage n'est disponible que pour cet objet. Les créanciers vis-à-vis desquels il aurait été contracté pour des objets étrangers à ces charges n'auront donc action que sur ce qui reste une fois les besoins du ménage satisfaits. Si en effet les revenus étaient complètement absorbés par un emploi étranger à l'entretien des époux et de leurs enfants, il faudrait pour la satisfaction de ces besoins aliéner les immeubles eux-mêmes (l'article 1551 déroge à l'inaliénation pour ce cas). Ce serait porter atteinte d'une façon indirecte au principe de l'inaliénabilité. Cette indisponibilité de la portion des revenus, nécessaire aux besoins du ménage, doit survivre à la séparation de biens, comme le principe d'inaliénation des immeubles dotaux dont elle est la conséquence. C'est seulement le surplus des revenus qui sera libre entre les mains de la femme.

En cas de contestation entre la femme et les

créanciers avec lesquels elle aura traité pour des objets étrangers à ces charges, les tribunaux décideront qu'elle est au juste la portion de revenus nécessaire aux charges du ménage et les créanciers ne pourront saisir que l'excédent.

Avant la séparation de biens, les revenus dotaux ne pouvaient être saisis pour aucune partie par les créanciers de la femme. En effet ces revenus n'appartiennent pas à la femme, mais au mari dont seuls les créanciers auront action sur la portion excédant les besoins du ménage. Mais, une fois la séparation prononcée, les créanciers vis-à-vis desquels la femme s'est engagée auparavant, ont-ils action sur la partie disponible des revenus dotaux ?

Voici les motifs qu'on a donné pour soutenir l'affirmative. Celui qui contracte oblige tous ses biens présents et à venir ; or par l'effet de la séparation, la femme qui reprend l'administration et la jouissance de sa dot acquiert le droit de disposer de l'excédent de ses revenus, et tout ses créanciers à quelque date que leur titre remonte, ont le droit de saisir cet excédent.

Nous répondrons que la femme est incapable des'obliger relativement à ses biens dotaux et pendant le mariage, elle est incapable d'obliger non seulement le principal, mais les revenus de sa

dot ; dès lors les créanciers, vis-à-vis desquels elle s'oblige, n'ont action ni sur la dot ni sur les revenus dotaux. Ce point est admis par tous, tant que la séparation de biens n'est pas prononcée ; or la séparation de biens donne à la femme le pouvoir de disposer des revenus pour l'avenir, mais ne change en rien sa situation pour le passé et ne modifie pas le droit de ses créanciers antérieurs. A leur égard la dot n'est pas engagée. Si on permettait à la femme dotale en s'obligeant pendant le mariage, d'aliéner par anticipation les revenus de tout ou partie de sa dot on arriverait aux deux conséquences suivantes, également inadmissibles : la première que la femme dotale pourrait pendant le mariage et malgré la protection de l'inaliénabilité, donner aux créanciers un droit sur la dot, droit dont l'exercice serait seulement différé ; la deuxième que la séparation de biens se retournerait contre la femme en faveur de laquelle la loi l'a créé, en donnant à ses créanciers un droit de saisie sur les revenus dotaux, droit qu'elle n'avait pas auparavant.

La loi a entendu que les immeubles dotaux revinssent à la femme absolument intacts, sans être grevés de charges, qui seraient la conséquence d'actes, souvent accomplis sous l'influence du mari. Il ne faut pas que la femme, par des obligations inconsiderées qu'elle aurait souscrites de concert avec

son mari, puisse se réduire d'avance au strict nécessaire pour le reste de ses jours. Enfin la femme n'ayant pas avant la séparation de biens, le droit d'engager les revenus qui étaient la propriété du mari, les créanciers n'ont jamais dû compter avoir pour gage des revenus qui ne sont devenus la propriété de leur débitrice que par suite d'un événement ultérieur qu'ils ne pouvaient pas prévoir au moment où ils contractaient.

Aux termes de l'article 1561, § 2, du C. civ. Les immeubles dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens, quelle que soit l'époque à laquelle la possession a commencé. Cette disposition de l'article 1561 est assez bizarre. Les biens dotaux en effet restent inaliénables après la séparation de biens, et il est étrange que la femme qui n'a pas le droit d'en disposer directement, même avec l'autorisation du mari puisse les aliéner indirectement en les laissant prescrire. Cette règle peut cependant s'expliquer. Les biens dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens, parce que la femme ayant recouvré l'exercice de ses actions il n'y a plus à craindre désormais que le mari laisse les tiers en possession paisible des biens dotaux qu'ils auront usurpés, la femme pourra elle-même interrompre la prescription ; que la possession ait commencé avant la séparation ou qu'elle n'ait commencé que depuis, le

tiers qui détient l'immeuble dotal pourra prescrire. Mais la prescription n'aura dans tous les cas son point de départ qu'au jour de la séparation de biens, même si la prise de possession remonte à une époque antérieure. Décider autrement serait contrevenir à la disposition de l'article 1561, § 1 et causer éventuellement un grave préjudice à la femme, si le temps requis pour prescrire était sur le point d'être accompli au moment où la séparation intervient.

Mais la séparation fait-elle courir la prescription de l'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal ? Cette prescription qui est celle de 10 ans de l'article 1304 même en cas d'aliénation par le mari seul, n'est-elle pas plutôt suspendue jusqu'au jour de la dissolution du mariage ? La question est controversée.

Et d'abord il importe de la délimiter bien exactement. Il est possible que la femme ait aliéné seule et sans autorisation un immeuble dotal. En pareil cas, l'aliénation est nulle pour une double raison ; d'une part elle constitue une atteinte à l'inaliénabilité, et d'autre part elle viole le principe d'incapacité de la femme mariée. Il est donc inutile de rechercher si l'action en nullité de l'article 1560 commence à se prescrire à dater de la séparation de biens. Car il est certain, cela est exprimé par l'article 1304, que l'action en nullité pour dé-

faut d'autorisation ne se prescrit qu'à partir de la dissolution du mariage.

D'un autre côté, il y a lieu de tenir compte de l'article 2256, d'après lequel la prescription est suspendue pendant le mariage, si l'action de la femme est de nature à réfléchir contre le mari. Ce qui se produira par exemple, quand le mari ayant vendu un immeuble dotal sera garant de la vente ; car l'action de la femme contre le tiers acquéreur réfléchirait contre le mari exposé à une poursuite en garantie de la part du tiers (art. 2256 2°). En pareil hypothèse la prescription ne courra qu'à partir de la dissolution du mariage. Et il est important de remarquer combien ce cas est fréquent en pratique, aussi le plus souvent la question de prescription ne se posera-t-elle pas. Ainsi donc il n'y a lieu de demander si la prescription peut courir contre la femme, séparée de biens que si l'aliénation a été faite par la femme dûment autorisée, ou par le mari seul, et si le mari n'est pas garant de la vente, par exemple s'il y a donation de l'immeuble dotal, s'il y a eu vente avec clause de non-garantie ou au profit d'un tiers auquel le caractère de l'immeuble a été révélé.

Deux opinions sont nées de la contradiction des articles 1560 et 1561 Code civil.

Certains appliquent l'article 1560 *in terminis* :
D'après ce texte la femme ou ses héritiers peu-

vent faire annuler l'aliénation après la dissolution du mariage sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée. L'article porte ensuite que la femme aura ce droit après la séparation et il est permis de penser qu'en ce dernier cas, le législateur a entendu maintenir la règle qu'il venait de poser, savoir que la prescription ne peut courir pendant le mariage. Quant à l'article 1561, il ne parle que de la prescription acquisitive des immeubles dotaux et on ne peut songer à l'étendre à la prescription extinctive de l'action en nullité de l'aliénation. Chaque texte à sa sphère d'application.

Nous pensons pour notre part, que la prescription de l'action en nullité de l'aliénation d'un fonds dotal commence à partir de la séparation de biens. Le texte de l'article 1561 doit être considéré comme s'appliquant d'une façon générale. Puisque le législateur n'a pas jugé bon de protéger la femme séparée contre la possibilité d'une prescription en particulier, la prescription acquisitive, il est légitime de croire qu'il n'a pas eu la pensée de faire les distinctions.

Il a entendu sans nul doute régler de la même façon la situation du tiers qui s'est mis en possession d'un fonds dotal ou qui l'a acquis d'un autre que la femme et la situation de celui qui a acquis ce fonds contrairement à la prohibition de l'article 1554.

Qu'il s'agisse de prescription acquisitive, qu'il s'agisse de prescription extinctive, le péril est le même pour la femme. Le remède est aussi le même dans les deux cas, puisque la femme investie désormais de l'exercice de ses actions, à la possibilité d'interrompre l'une et l'autre prescription.

SECTION 3. — *De la responsabilité du mari quant aux prix des immeubles aliénés par la femme depuis le jugement de séparation.*

Bien que la femme eût recouvré l'administration de ses biens, il y avait toujours à craindre l'influence du mari qui pouvait arracher à la faiblesse de sa femme séparée, la vente de ses immeubles pour en toucher le prix, se l'approprier et le dissiper.

C'est en vue de prévenir ce danger qu'a été fait l'article 1450 dont voici la disposition :

« Le mari n'est pas garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sans l'autorisation de justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, ou qu'ils ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui, ou ont tourné à son profit. Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si la vente a été faite en

sa présence et de son consentement ; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi. »

L'article 1450 prévoit deux hypothèses : ou la femme est autorisée par justice. Dans ce cas le mari n'est pas garant du défaut de remploi du prix de vente ; car en restant étranger au contrat, sa responsabilité ne peut aucunement se trouver engagée, parce que rien n'autorise à croire qu'il a touché le prix. Cependant le mari se trouvera garant de l'emploi du prix : 1° s'il a concouru au contrat ; 2° lorsqu'il a reçu les deniers ; 3° lorsqu'il est établi que le prix de vente a été employé à son profit.

Deuxième hypothèse : la femme a été autorisée par le mari. Dans ce cas il est garant du défaut de remploi.

Mais suffit-il, pour qu'il soit garant du défaut d'emploi ou de remploi qu'il ait consenti à l'acte ou faut-il qu'il y soit intervenu personnellement ; que l'acte ait eu lieu en sa présence.

Certains auteurs soutiennent que le consentement du mari à la vente ne suffit pas pour engager sa responsabilité ; mais qu'il faut sa présence à l'acte. La responsabilité du mari, dit-on, n'a d'autre fondement que le fait dûment établi ou légalement présumé d'avoir touché le prix de vente ; d'où il résulterait qu'il peut s'affranchir de toute responsabilité, en prouvant que le prix n'a point été

versé entre ses mains mais dans celles de sa femme. Nous n'admettrons pas cette interprétation littérale du texte ; car elle ne serait pas conforme à l'esprit de la loi. Nous pensons que le consentement seul suffit.

S'il suffisait au mari pour échapper à toute responsabilité de ne pas comparaître à l'acte de vente il n'y figurerait jamais, et il y aurait toujours à craindre le même danger, car la femme pourrait lui remettre le prix de la vente sans qu'il y paraisse rien. Le mari qui a autorisé la vente ne peut pas se soustraire à la responsabilité que l'article 1460 fait peser sur lui, en demandant à établir que le prix d'aliénation a été touché par la femme.

Il était en effet en son pouvoir de tenir les deniers arrêtés et de ne pas les lui laisser toucher.

Faute de l'avoir fait, il est responsable non seulement comme légitimement suspect de se les être appropriés, mais encore parce qu'il est tenu de veiller à la conservation des fonds et à faire emploi du prix lorsqu'ils ont été aliénés.

Lorsque la vente a eu lieu avec autorisation de justice, le mari, avons-nous dit, n'est responsable que s'il a concouru au contrat, ou s'il a reçu le prix ou en a profité.

La preuve que le mari a reçu le prix, doit, aux termes de l'article 1450, être faite par ceux qui

l'allèguent. Elle peut se faire par toute espèce de moyens, même par témoins et par présomptions : il s'agit en effet, d'une fraude aux droits de la femme, fraude qui peut se prouver par tout genre de preuves soit de la part des tiers, soit de la part de la femme ou de ses héritiers.

Dans les divers cas où le mari est garant du défaut d'emploi, il résulte de l'article 1450 *in fine* qu'il n'est pas garant de l'utilité de l'emploi ou du remploi. Cela tient à ce que la femme a libre administration de sa fortune et qu'elle accomplit seule le placement. N'ayant pas eu besoin pour faire ce placement de l'autorisation de son mari, celui-ci n'a pu avoir sur cette opération une influence sérieuse, et s'il n'a pas eu le moyen d'empêcher un mauvais placement, il ne peut en être responsable.

Il en serait différemment, et le mari serait garant de l'utilité de l'emploi ou du remploi s'il l'avait fait sans le concours de sa femme et sans mandat de sa part. En agissant ainsi, le mari l'a fait à ses risques et périls, et il est responsable, non pas en sa qualité du mari, mais en vertu des principes de la gestion d'affaires.

L'article 1450 s'applique toujours après la séparation de biens, quel que soit le régime sous lequel les époux étaient mariés avant la séparation. Seulement quand au régime dotal a succédé la sépara-

tion de biens, comme les immeubles dotaux continuent d'être inaliénables, pour que l'hypothèse prévue puisse se présenter, il faut supposer que l'immeuble aliéné est un bien paraphernal ou bien encore un immeuble dotal dont l'aliénation a été autorisée par le contrat de mariage à charge de emploi.

L'article 1450 n'a plus aucune application depuis la loi du 6 février 1893, à la séparation de biens accessoire à la séparation de corps. La femme recouvre sa pleine capacité, le mari est désormais étranger à ses affaires, et la protection de la loi ne lui est plus nécessaire.

La disposition de notre article 1450 doit s'appliquer en cas de séparation de biens contractuelle, et sous le régime dotal au cas d'aliénation des immeubles paraphernaux par une femme non séparée. En effet la femme paraphernale ou séparée de biens n'est pas moins soumise à l'influence du mari que celle qui est séparée judiciairement. On pourrait même dire qu'elle l'est davantage, puisqu'elle n'a pas contre lui les mêmes motifs de défiance que celle qui s'est vue dans la nécessité de poursuivre sa séparation en justice. Cette solution est admise par la grande majorité des auteurs et la jurisprudence de la Cour de Cassation.

CHAPITRE VI

RÉTABLISSEMENT DE L'ANCIEN RÉGIME.

La séparation de biens judiciaire est une protection donnée à la femme contre les conséquences fâcheuses que pourrait entraîner pour sa fortune le malheur ou la mauvaise administration du mari.

Les circonstances qui ont amené la femme à demander et à obtenir la séparation peuvent ne plus exister, et la femme peut désirer le rétablissement de l'ancien état de choses, qui mérite trop de faveur pour que la loi de l'autorise pas. L'article 1451 dispose : « La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux époux. Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445. En ce cas la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de sé-

paration, sous préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449. Toute convention, par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle ».

Avant d'étudier les conditions mises par la loi à la cessation de la séparation de biens, nous devons faire observer que l'article 1451, quoiqu'il ne parle expressément que de la possibilité de rétablir le régime de communauté, est également applicable à tout autre régime : le régime dotal, ou le régime sous communauté, qui aurait précédé le régime de la séparation de biens judiciaire.

Il faut toutefois remarquer, que la femme a grand intérêt au rétablissement du régime de communauté ; elle profite des économies réalisées par le mari sur son patrimoine personnel, ainsi que des gains et profits qu'il retire de son travail ou de son industrie.

Passer du régime de la séparation de biens au régime de communauté constitue donc le plus souvent pour la femme un avantage. Au contraire le régime dotal attribue au mari, la jouissance de la dot, sans que la femme y trouve aucune compensation. Aussi la femme consentira-t-elle rarement au rétablissement du régime à moins cependant qu'il

existât une clause de communauté d'acquêts combinée avec le régime dotal.

En effet tous les gains que fera le mari, et même (puisqu'il y aura rétroactivité aux termes de l'article 1451) ceux qu'il aura réalisés depuis le jour de la séparation de biens tomberont dans l'actif commun et profiteront à la femme pour moitié.

Si favorable que soit ce retour au contrat primitif, l'article 1451 exige pour cela le consentement des deux époux. Il suit de là que la femme ne peut, si le mari refuse d'y consentir, abandonner le bénéfice du jugement de séparation de biens qu'elle a obtenu et régulièrement exécuté. D'un autre côté le mari ne peut se prévaloir de ce que sa fortune est rétablie pour contraindre la femme à renoncer à la séparation de biens prononcée à son profit.

Le motif en est que le jugement de séparation a créé pour les parties un état juridique nouveau : il constitue pour chacune d'elles un droit acquis et il faut une renonciation de leur part pour les priver des effets juridiques attachés à cette situation nouvelle.

Dans quelle forme la volonté de faire retour au contrat de mariage doit-elle être manifestée ?

Le consentement des époux au régime primitif doit être constaté par un acte passé devant notaire et en minute aux termes de l'article 1451 :

Un acte sous seing privé enregistré ou un acte notarié passé en brevet ne produisent donc aucun effet. La loi exige que l'acte de rétablissement en soit non seulement notarié, mais encore, qu'il en soit gardé minute, afin que la preuve du rétablissement fut toujours facile et éviter des procès entre les époux, et surtout afin que les époux ne puissent faire disparaître cette preuve pour se présenter aux tiers tantôt avec un état tantôt avec un autre.

L'article 1451 exige encore qu'une expédition de l'acte authentique soit affichée dans la forme de l'article 1445, c'est-à-dire dans la principale salle du tribunal civil du domicile des époux et de plus si le mari est commerçant, dans celle du tribunal de commerce de son domicile. Cette publicité est destinée à avertir les tiers du changement de régime des époux.

L'article 1451 n'exigeant pas d'autre publicité que celle organisée par l'article 1445, nous ne soumettrons pas l'acte de rétablissement aux formalités que l'article 872 du Code de procédure civile ajoute à celles de l'article 1445 du C. civ., pour assurer la publicité du jugement de séparation de biens.

Ce point nous paraît résulter très clairement du texte de l'article 1451 « une expédition doit être affichée en la forme de l'article 1445. »

C'est là, nous le reconnaissons, un défaut d'harmonie dans la loi, et on devrait, en législation, imposer les mêmes formalités pour l'acte rétablissant la communauté que pour le jugement qui la dissout. Mais il n'appartient pas à l'interprète de la loi de suppléer une cause de nullité.

Lorsque l'acte de rétablissement n'a pas été fait par acte devant notaires et en minute, la séparation de biens, continue d'exister, car cet acte de rétablissement est nul à l'égard de tout le monde. Cela tient à ce que l'authenticité de l'acte et sa rédaction avec minute sont exigées aussi bien dans l'intérêt des époux que dans celui des tiers, afin de couper court à toutes les contestations qui pourraient s'élever sur la suffisance ou l'insuffisance des faits allégués pour prouver que le régime antérieur à la séparation est rétabli.

Au contraire, quand l'acte de rétablissement, d'ailleurs fait en minute par devant notaires n'a pas pas reçu la publicité exigée par la loi, les tiers peuvent bien invoquer sa nullité puisque rien ne les avertit du changement apporté au régime résultant du jugement de séparation. Mais les époux eux-mêmes ne pourront invoquer la nullité résultant du défaut de publicité ; car cette nullité est requise seulement dans l'intérêt des tiers, ils ne peuvent se prévaloir de ce qu'elle n'a pas eu lieu.

« La communauté rétablie reprend son effet du

jour du mariage, dit l'article 1451, et les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation. Ainsi la séparation de biens étant censée n'avoir jamais existé, toutes les acquisitions faites pendant la séparation et les successions mobilières recueillies par les époux tombent en communauté, à moins que le contrat de mariage ne déroge en ce point aux règles ordinaires. Réciproquement les dettes contractées par la femme dans la limite de ses pouvoirs, ou par le mari sont à la charge de la communauté.

Mais tous les droits acquis aux tiers, depuis la séparation, doivent être respectés, l'article 1451 le dit formellement en ces termes ; « Sous préjudice de l'exécution des actes qui ont pu être faits dans l'intervalle par la femme en conformité de l'article 1449 ». Il ne peut pas dépendre des époux de faire perdre aux tiers, en abandonnant la séparation, des droits légitimement acquis.

Ainsi les aliénations de meubles faites par la femme pour les besoins de son administration, les dettes contractées par elles pour le même objet, les baux qu'elle a passés de ses biens et en général tous les actes passés par elle, sans qu'elle soit sortie de son droit, doivent être respectés.

Sous le régime dotal, les créanciers envers qui la femme s'est obligée conservent leurs droits sur la portion des revenus dotaux excédant les besoins

du ménage. Et même on peut admettre (puisqu'il le rétablissement de l'état de choses antérieur à la séparation ne doit pas leur nuire) qu'ils doivent être préférés, sur cet excédant, aux créanciers du mari. De son côté, la femme ne saurait faire rétroagir son hypothèque légale sur les immeubles que son mari aurait aliénés avant que la communauté eût été rétablie et à une époque où toutes ses reprises avaient été payées ; car tous les droits acquis méritent d'être maintenus.

Supposons que le contrat de mariage ait assujéti le mari à fournir une caution pour la réception de la dot. Elle a été libérée par suite de la liquidation et du paiement à la femme de ses reprises et biens dotaux après la séparation. Comme le rétablissement du régime antérieur ne peut nuire à la caution, elle n'est pas obligée à nouveau ; mais le contrat primitif ne pouvant que revivre dans les termes où il existait à l'origine, le mari doit en présenter une seconde, sous la sanction de la nullité de l'acte de rétablissement tout entier.

Après le rétablissement du régime dotal, les immeubles dotaux redeviennent imprescriptibles comme ils l'étaient avant la séparation de biens. Mais les droits des tiers ne pouvant se trouver compromis, il en résulte que toute prescription accomplie pendant l'état de séparation est définitivement acquise. Si l'on suppose une prescription com-

mencée avant le mariage, puis continuée pendant le cours de mariage avant et pendant la séparation, cette prescription pourra encore s'achever, une fois le régime dotal rétabli. Mais que décider pour une prescription commencée pendant la séparation de biens ; le possesseur va-t-il continuer de prescrire les biens ? la prescription sera-t-elle suspendue ?

La question est délicate. On pourrait dire : on est en dehors des termes de l'article 1451. Ce texte ne réserve au profit des tiers que l'exécution des actes qui, pendant la durée de la séparation de biens, ont été faits pour la femme, en conformité de l'article 1449. Or la femme est complètement étrangère au commencement de la prescription, par suite c'est comme s'il n'y avait pas eu séparation : la prescription a donc été suspendue conformément à l'article 1661 du Code civil.

Je ne crois pas qu'on puisse interpréter aussi strictement l'article 1451. Malgré le rétablissement du régime dotal on doit respecter tous les droits légitimement acquis aux tiers, et il s'agit de savoir si la prescription commencée constitue un droit acquis ou si ce n'est qu'une simple espérance. Je pense qu'il faut y voir un droit acquis ; c'est du moins le point de vue de l'article 1561 qui admet une exception à l'imprescriptibilité dotale quand la prescription a commencé avant

le mariage. Le rétablissement du régime dotal est pour le tiers *res inter alios acta* ; il ne saurait être à son égard une cause de suspension de la prescription qu'il a commencée.

Enfin les époux ne peuvent que rétablir sans aucune modification le régime qui existait antérieurement. Les époux ne pourraient pas convenir que ce qui aurait été acquis par chacun d'eux pendant la séparation ne tombera pas en communauté, qu'un propre deviendra commun, que la communauté sera partagée autrement qu'elle devait l'être d'après le contrat de mariage ; ou encore stipuler la séparation des dettes.

De même, si le régime primitif était le régime dotal, ils ne pourraient convenir que tels immeubles cesseront d'être dotaux, ou bien que le mari ne recouvrera pas l'administration des paraphernaux qui lui avait été confiée par le contrat de mariage, ou qu'il existera désormais une société d'aquêts entre les époux etc. C'est ce que dit formellement la fin de l'article 1451 ; et ce n'est d'ailleurs que la conséquence du principe fondamental de l'immutabilité des conventions matrimoniales : « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle ».

On n'est pas d'accord sur l'étendue de cette nullité.

Certains auteurs pensent qu'elle s'applique non à l'acte de rétablissement, mais aux clauses dérogatoires qu'il peut contenir. D'autres font une distinction bien difficile à établir ; ils annulent l'acte de rétablissement lui-même, s'il est prouvé que la modification a été la condition du consentement de l'un ou de l'autre époux au rétablissement du régime. C'est, disent-ils, une condition illicite et conformément à l'article 1172 elle doit rendre nulle la convention qui en dépend.

Sauf cette hypothèse on doit se borner à annuler la clause dérogatoire (Aubry et Rau).

Nous préférons le système de M. Colmet de Santerre.

Le texte prononce la nullité et il l'applique à la convention de rétablissement quand elle contient des conditions nouvelles ; ce n'est pas seulement la condition qui est déclarée nulle, ou pour mieux dire non écrite. C'est là une conséquence de l'article 1172 sur l'effet des conditions contraires aux lois dans les actes à titre onéreux, la loi s'inspire aussi du respect dû à la volonté des contractants et de la nécessité de protéger l'un ou l'autre des époux contre toute méprise.

La clause ajoutée au contrat est, en effet, avantageuse à l'un des époux, par exemple à celui qui a réservé propre son mobilier, et on peut facilement supposer que cet époux n'aurait pas consenti à

rétablir la communauté s'il n'avait pas cru qu'il pourrait conserver propre ce mobilier.

Le consentement est subordonné à cette réserve, et il serait à craindre, si la clause était seulement non écrite, que l'autre époux plus expérimenté n'eût accepté la clause sachant qu'elle n'aurait pas d'effet et que l'ancien régime matrimonial revivrait dans son intégrité.

Vu : le Président de la thèse

LÉON MICHEL

Vu le Doyen de la Faculté

L. GARSONNET

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	5
CHAPITRE I. — De la demande en séparation de biens.....	17
<i>Section 1.</i> — Causes de la séparation de biens.....	17
<i>Section 2.</i> — Qui peut la demander.....	34
CHAPITRE II. — De l'instance en séparation.....	47
<i>Section 1.</i> — Nullité des séparations volontaires.....	47
<i>Section 2.</i> — Du tribunal compétent et de l'autorisation du président.....	51
<i>Section 3.</i> — Des actes conservatoires.....	58
CHAPITRE III. — Mesures dans l'intérêt des tiers.....	63
<i>Section 1.</i> — Publicité de la demande.....	63
<i>Section 2.</i> — Droit d'intervention des créanciers.....	65
<i>Section 3.</i> — Publicité du jugement de séparation de biens.	67
<i>Section 4.</i> — Exécution du jugement dans la quinzaine.	72
<i>Section 5.</i> — Droit des créanciers du mari d'attaquer le jugement de séparation rendu en fraude de leur droit.....	94
CHAPITRE IV. — Des effets de la séparation de biens.....	100
<i>Section 1.</i> — Rétroactivité du jugement.....	100
<i>Section 2.</i> — Liquidation de la communauté et restitution de la dot.....	111

<i>Section 3. — Contribution aux charges du mariage.....</i>	115
CHAPITRE V. — Des effets de la séparation de biens. (Suite)...	122
<i>Section 1. — Capacité de la femme séparée.....</i>	122
<i>Section 2. — Effets spéciaux de la séparation de biens lorsque les époux étaient mariés sous le régime dotal.</i>	143
<i>Section 3. — De la responsabilité du mari quant au prix des immeubles aliénés par la femme depuis le juge- ment de séparation de biens.....</i>	164
CHAPITRE VI. — Rétablissement de l'ancien régime.....	169

Imprimerie des Ecoles, H. JOUVE, 15, rue Racine, Paris.
